شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

المجلد التاسع

دار
إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان

شرح فتح القدير
للعاجز الفقير



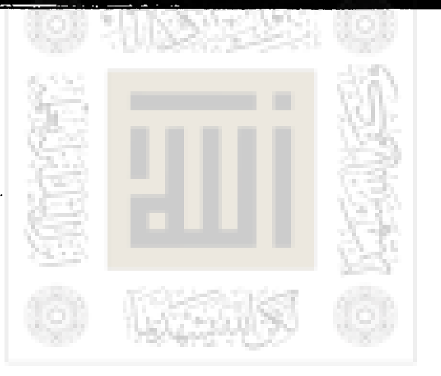
شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

دار إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان





الجزء التاسع

(الجزء التاسع)

من شرح الهداية وهو نتائج الافكار
في كشف الرموز والاسرار لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر
المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر روملي وهي تكملة فتح القدير
للمحقق الكمال بن الهمام رحمهم الله تعالى مع بقية الكفاية
لمولانا جلال الدين الخوارزمي الكرلاني على الهداية شرح
بداية المبتدي تأليف شيخ الاسلام برهان الدين أبي
الحسن علي بن عبد الجليل أبي بكر المرغيناني
الرشداني المتوفى سنة ٥٩٣ في
الفقه على مذهب الامام
الاعظم أبي حنيفة رحمهم
الله ونفعنا بهم
آمين

وبهامشه بقية شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي چلبي و بسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

(تنبيه) قد جعلنا الهداية ونتائج الافكار التكملة والكفاية في الصلب الاول في صدر الصحيفة ويليه الثاني مفصولا بينهما بجدول ثم الثالث مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدي چلبي الاول في صدر الهامش ويليه الثاني والتعقيبة تابعة للهداية فليعلم

(قال في كشف الظنون)

ان الهداية كالقرآن قد نسخت * ما صنفوا قبلها في الشرع من كتب
فاحفظ قواعدها واسلك مسالكها * يسلم مقالك من زيغ ومن كذب

(وقال بعضهم)

برهان دين الله حارس شرعه * ام الكرامة مقتدى علمائه
أعلى لواء العلم حتى أصبحت * علماء دين الله تحت لوائه

دار إحياء التراث العربي

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب احياء الموات)

قال (الموات مالا ينتفع به من الاراضى لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) سمى بذلك لبطلان الانتفاع به قال (فما كان منها عاديا لا مالك له أو كان مملوكا فى الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات) قال رضى

(كتاب احياء الموات)

قال جهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث أن فى مسائل هذا الكتاب مايكره ومالا يكره اه . وقال الشارح العينى بعد نقل قولهم المذكور وهذا ليس بشئ لانه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره ومالا يكره اه أقول بل ماذكره نفسه فى الرد عليهم ليس بشئ لان ماذكروا فى ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكروا ههنا من المناسبة بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية ولا ريب ان الحيثية المذكورة ههنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضى ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لفات بعض من المناسبات السابقة أو اللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكر منك فانه ينفعك فى مواضع شتى (قوله الموات مالا ينتفع به من الاراضى لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ماله مالك معروف

(كتاب احياء الموات)

(قوله الموات مالا ينتفع به من الاراضى لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه وما أشبه ذلك) بان صارت سبخة أو غلبت الرمال عليها فهذا تحديد لغوى ويزد عليه فى الشرع أشياء بيانها فى قوله فما كان منها عاديا لا مالك له أو كان مملوكا فى الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت منه فهو موات (قوله اذا وقف انسان من أقصى العامر فصاح) فى الذخيرة الفاصل بين القريب والبعيد مروى عن أبى يوسف رحمه الله قال يقوم رجل جهورى الصوت من أقصى العمرانات على مكان عال وينادى باعلى صوته فاى الموضع الذى لا يسمع فيه يكون بعيدا وعن أبى يوسف رحمه الله فى

لله

(كتاب احياء الموات) مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان فى مسائل هذا الكتاب مايكره ومالا يكره ومن محاسنه التسبيب للخصب فى أقوات الانام ومشروعيته بقوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميتة فهى له وشروطه ستذكر فى أثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر كما مر غير مرة وحكمه تملك المحيى ما أحياه قال (الموات مالا ينتفع به من الاراضى) شبه مالا ينتفع به من الاراضى لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك بان غلب عليه الرمال أو صار سبخة بالميت من الحيوان الذى بطلت منافعه فسمى مواتا واحياؤه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به قوله (فما كان منها عاديا) ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر لفظه من أن يكون منسوبا الى عاد لان عادا لم يملك جميع أراضى الموات ولكن مراده ماقدم خرابه كما ذكر فى الكتاب وقوله (أو كان مملوكا فى الاسلام لا يعرف له مالك بعينه) قول بعض

(قال المصنف الموات مالا ينتفع به من الاراضى)

الله عنه هكذا ذكره القدورى ومعنى العادى ماقدم خرابه والمروى عن محمد رحمه الله انه يشترط أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذمى مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما التى هى مملوكة لمسلم أو ذمى لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ماقال شرطه أبو يوسف لان الظاهر أن مايكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده رحمه الله وشمس الائمة السرخسى رحمه الله اعتمد على مااختاره أبو يوسف رحمه الله (ثم من أحياه باذن الامام ملكه وان أحياه بغير اذنه لم يملكه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يملكه) لقوله عليه السلام من أحيا أرضا ميتة فهى له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما فى الحطب والصيد ولابى حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به

لكن لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة ولك أن تقول هذا تفسير المعنى اللغوى اه أقول توجيه الذى ذكره بقوله ولك أن تقول الى آخره ليس بتام فان قيد أن لا يكون له مالك معتبر فى معناه اللغوى أيضا قال فى الصحاح والموات بالفتح مالا روح فيه والموات أيضا الارض التى لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها أحد اه وقال فى القاموس والموات كغراب الموت وكسحاب مالا روح فيه وأرض لا مالك لها اه فعلى تقدير أن يحمل مافى الكتاب على تفسير المعنى اللغوى يكون تفسيرا بالاعم أيضا لا يقال أصل المعنى اللغوى للموات مالا روح فيه والذى ذكره فى الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفى أو الشرعى فلم يكن قيد أن لا يكون له مالك معتبرا فى معناه اللغوى لانا نقول الظاهر المتبادر من أن يذكر معنى اللفظ فى كتب اللغة بلا اضافة الى العرف أو الشرع أن يكون ذلك المعنى معناه اللغوى سيما من قيد أيضا فى قوله فى الصحاح والموات أيضا الارض التى لا مالك لها وان لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوى هو الذى ذكر أولا فلا شك أن مالا روح فيه أعم من الارض التى لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير أن يحمل مافى الكتاب على تعريف المعنى اللغوى يكون تعريفا بالاخص وهو ليس باقل قبحا من التعريف بالاعم وبهذا الذى ذكرنا يظهر أنه يشكل أيضا ماذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية فى شرح هذا المقام حيث قالا قوله الموات مالا ينتفع به من الارض تحديد لغوى ويزيد عليه فى الشرع أشياء أخر بيانها فى قوله فما كان عاديا لا مالك له أو كان مملوكا فى الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان فى أقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فهو موات اه تامل تقف (قوله ولابى حنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به) أقول لقائل أن يقول ان اعتبر عموم هذا الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيأ من الاملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه اذ لا شك أن كل أحد يستبد فى التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من أسباب الملك من غير توقف على اذن الامام وان لم يعتبر عمومه لا يتم المطلوب ههنا فان قلت عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه الى رأى الامام وما ذكرنا من أسباب الملك لا يحتاج فيه الى رأى الامام بخلاف مانحن فيه قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة فيلزم المصادرة على المطلوب

رواية أخرى أن البعيد قدر غلوة (قوله ومعنى العادى ماقدم خرابه) يعنى ان لا يكون منسوبا الى عاد كما هو مقتضاه وفى المبسوط قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أن عادى الارض لله وللرسول فمن أحيا أرضا ميتة فهى له والمراد منه الموات من الارض سماها عاديا على انها خربت على عهد عاد وفى العادات الظاهرة مايوصف بطول مضى الزمان عليه ينسب الى عاد فمعناه ما تقدم خرابه فيما يعلم انه لا حق لاحد فيه (قوله واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين) من تتمة قول محمد يعنى اذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين كمن مات وترك مالا ولم يترك وارثا فلا يكون لاحد ان يملكه على التخصيص (قوله فيدار الحكم عليه) أى على القرب والبعد وعند محمد رحمه الله يدار الحكم على حقيقة الارتفاق

المشايخ رحمهم الله وقال بعضهم الاراضى المملوكة اذا انقرض أهلها فهى كاللقطة وقوله (واذا لم يعرف مالكه) من تتمة قول محمد رحمه الله وقوله (فيدار الحكم عليه) أى على القرب مرجع حكمى يفهم من قوله قريبا وقوله (ثم من أحياه) واضح

أقول تعريف بالاعم لصدقه على ماله مالك معروف لكن لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة ولك أن تقول هذا تفسير المعنى اللغوى (قال المصنف ومعنى العادى ماقدم خرابه) أقول لا أن يكون منسوبا الى عاد وينسب كل أثر قديم اليهم لتقدمهم قال عليه الصلاة والسلام عادى الارض لله ورسوله ثم هو بعد منى لكم رواه سعيد ابن منصور وأبو عبيد كذا فى شرح الكاكى وفى كلامه تناقض ظاهر والظاهر أن مراده من قوله لا أن يكون منسوبا الى عاد انتساب الملكية (قوله فيدار الحكم عليه أى على القرب) أقول أى القرب مرجع لضمير عليه حكمى أى مذكور حكما لانفهامه من قوله قريبا كقوله تعالى اعدلوا هو أقرب للتقوى

ومار وياه يحتمل أنه أذن لقوم لانصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد أن يختص به بدون اذن الامام كما فى سائر الغنائم و يجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لايجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو أحياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثانى أحق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثانى أحق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثانى

(قوله ومار وياه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع) تقريره ان المشروعات على نوعين أحدهما نصب الشرع والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله عليه السلام من قاء أو رعف فى صلاته فلينصرف والآخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه أى للامام ولاية أن يأذن للغازى بهذا القول فكان ذلك من النبى صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتحريضا على القتال لا نصب شرع فكذلك فى يومنا هذا من قتل قتيلا لا يكون سلبه له الا أن يأذن الامام به فيجوز أن يكون قوله عليه السلام من أحيا أرضا ميتة فهى له من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك الحديث يحتمل التأويل وماذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبل التأويل فكان راجحا كذا فى العناية وغيرها قال تاج الشريعة فان قلت مار واه عام خص منه الحطب والحشيش ومار وياه لم يخص فيكون العمل به أولى قلت ماذكر لبيان أنه لا يجوز الافتيات على رأى الامام والحطب والحشيش لا يحتاج فيهما الى رأى الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا والارض مما يحتاج فيها الى رأى الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل وايضاع الركاب كسائر الاموال فكان ماقلنا أولى اهـ واقتفى أثره صاحب الكفاية والعينى أقول كل من السؤال والجواب ليس بسديد أما الاول فلان كون مار واه عاما خص منه الحطب والحشيش انما يقتضى كون العمل بمار وياه أولى لكونه مما لم يخص أن لو خص الحطب والحشيش مما رواه بكلام موصول به اذ يصير العام الذى خص منه البعض حينئذ ظنيا كما عرف فى علم الاصول وأما اذا خص الحطب والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه فلا يلزم أولوية العمل بمار وياه اذ يصير العام حينئذ منسوخا فى القدر الذى تناوله الخاص و يصير قطعيا فى الباقى كسائر القطعيات كما تقرر فى علم الاصول أيضا ولا شك أن تخصيص الحطب والحشيش مما رواه ليس بكلام موصول به بل انما هو دليل آخر مفصول عنه وأما الثانى فلان كون الارض مطلقا مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة لم يقل به الامامان فى الارض الموات فبناء الجواب عليه يؤدى الى المصادرة فان قيل انما يؤدى الى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الخ قلنا كونها من الغنائم دليل آخر عقلى لابى حنيفة مذكور فى الكتاب بعده والكلام الآن فى تمشية الدليل النقلى فبالمصير الى ذلك الدليل العقلى هنا يلزم خلط الدليلين ولا يخفى مافيه (قوله يجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز) أقول فى هذا التعليل شئ وهو أنه سيجئ فى الكتاب أن المسلم والذمى مستويان فى حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتمشى فى حق المسلم دون الذمى فتأمل (قوله والاصح أن الاول ينزعها من الثانى

(قوله ومار وياه يحتمل انه أذن لقوم) فيحمل على مارواه وهو محكم فى انه لا يجوز الافتيات على رأى الامام ولان قوله من أحيى أرضا ميتة لبيان السبب ومارواه لكون الاذن شرطا وليس فى اللفظ ماينفى هذا الشرط وقد دل الدليل على اشتراطه ومار واه نظيره قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ثم حرم الصوم على الحائض والنفساء وان شهدتا الشهر لان الدليل دل على اشتراط الطهارة من الحيض والنفاس والكتاب لا ينفى ذلك فان قيل مارواه خص منه الحطب والحشيش ومار وياه لم يخص فيكون العمل به أولى قلنا ماذكر لبيان انه لا يجوز الافتيات على رأى الامام والحطب والحشيش لا يحتاج فيهما الى رأى الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا والارض مما يحتاج فيها الى رأى الامام لانه صارت من الغنائم بايجاف الخيل كسائر الاموال فكان ماقلنا أولى (قوله والاصح ان الاول ينزعها) وأصل هذا ان من أحيى أرضا ميتة فهى له

(وقوله ومار وياه يحتمل أنه أذن لقوم لانصب لشرع) تقريره أن المشروعات على نوعين أحدهما نصب الشرع والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله صلى الله عليه وسلم من قاء أو رعف فى صلاته فلينصرف والآخر كقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه أى للامام أن يأذن للغازى بهذا القول فكان ذلك منه عليه الصلاة والسلام اذنا لقوم معينين فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا مواتا فهى له من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك يحتمل التأويل وماذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبله فكان راجحا وفيه وجه آخر وهو أن قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهى له يدل على السبب فان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على علية المشتق منه لذلك الحكم وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا باذن الامام وقوله عليه الصلاة والسلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه يدل على ذلك وقوله (والاصح أن الاول ينزعها من الثانى) بيانه أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا فى أن احياء الموات يثبت ملك الاستغلال أو ملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخى رحمه الله الى الاول قياسا على من جلس فى موضع مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه وأعرض بطل حقه وعامتهم الى الثانى استدلالا بالحديث فانه أضاف بلام التمليك فى قوله فهى له وملكه

لانه

لانه ملكها بالاحياء على مانطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن أحيا أرضا ميتة ثم أحاط الاحياء بجوانبها الاربعة من أربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق الاول فى الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال (ويملك الذمى بالاحياء كما يملكه المسلم) لان الاحياء سبب الملك الا أن عند أبى حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما فى سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء على أصلنا قال (ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره) لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فاذا لم تحصل يدفع الى غيره تحصيلا للمقصود

لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك) قال فى العناية ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح وأما على مذهب أبى حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذنا لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا يرى أن من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله اهـ واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه بحث فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك فى لفظ الامام هنا بخلاف الاذن فى الاحياء فانه لا يلزم أن يكون بلفظ التمليك اهـ أقول الفرق الذى ذكره ليس بتام لان لام التمليك مذكورة فى كل من الحديثين الواردين فى المقامين فاذا كان كل منهما محمولا على الاذن فجعل وجود لفظ التمليك شرطا فى اذن الامام فى أحد المقامين دون الآخر تحكم بحت لم يسمع ذلك من أئمة الشرع (قوله ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره) والاصل فى ذلك ان المشايخ اختلفوا فى كون التحجير مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا مؤقتا الى ثلاث سنين ومنهم من قال لا يفيد وهو مختار المصنف أشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضى ثلاث سنين وأحياه فانه ملكه على الثانى ولم يملكه على الاول وجه الاول ماروى عن عمر رضى الله عنه ليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين نفى الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق فى ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ماذكر فى الكتاب والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة كذا فى العناية وأورد عليه بعض الفضلاء وأجاب حيث قال وأنت خبير بان المصنف استدل على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع اهـ أقول جوابه ليس بسديد اذ لو لم يكن ثبوت الحق فى ثلاث سنين بالحديث بل بالاجماع لما قال المصنف وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضى الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق فان حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق المتحجر قبل ثلاث سنين اذ هو المقتضى اشتراط ترك ثلاث سنين ومدار ما أورده على أن استدلال المصنف بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فاذا لم تحصل يدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود) أقول لقائل أن يقول لو تم هذا التعليل لاقتضى أن يأخذها

قال بعض المشايخ يثبت ملك الاستغلال دون ملك الرقبة فمنهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخى وعامة المشايخ يقولون يملك رقبتها كذا فى الذخيرة (قوله لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث) اذ الاضافة فيه بلام التمليك وهو قوله عليه السلام من أحيى أرضا ميتة فهى له (قوله لتعينها لتطرقه) وقصد الرابع ابطال حقه لانه حين سكت عن الاول والثانى والثالث صار الباقى طريقا له فاذا أحياه الرابع فقد أحيى طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق (قوله حتى الاستيلاء على أصلنا) أى كما ان المسلم يملك مال الكافر بالاستيلاء

لا يزول بالترك ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح وأما على مذهب أبى حنيفة رحمه الله ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذنا له لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله وقوله (لتعينها لتطرقه) لانه حين سكت عن الاول والثانى والثالث صار الباقى طريقا له فاذا أحياه الرابع فقد أحيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال (ويملك الذمى بالاحياء) المسلم والذمى فى تملك ما أحياه سواء لاستوائهما فى السبب والاستواء فى السبب يوجب الاستواء فى الحكم كما فى سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على أصلنا كالمسلمين (قوله ومن حجر أرضا) يجوز أن يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه ومعنى الاول أعلم بوضع الاحجار حوله لانهم كانوا يفعلون ذلك ومعنى الثانى أعلم بحجر الغير عن احيائها فكان التحجير هو الاعلام فاذا حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل فى ذلك أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا فى كونه مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا مؤقتا الى ثلاث سنين وقيل لا يفيد وهو مختار المصنف رحمه الله أشار اليه

(قوله وأما على مذهب أبى حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا) أقول لم يحمل عليه بل قال يحتمل أن يكون اذنا لكن الاحتمال كاف فى ايراد السؤال (قوله لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا يرى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله) أقول فيه بحث فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك فى لفظ الامام هنا بخلاف الاذن فى الاحياء فانه لا يلزم ان يكون بلفظ التمليك

بقوله (هو الصحيح) قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضى ثلاث سنين وأحياه فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ماروى عن عمر رضى الله عنه ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين نفى الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق فى ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك وجه الصحيح ماذكره فى الكتاب والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة وقوله (من غير أن يتم المسناة) هو ماينبى للسيل ليرد الماء وقوله (وفى الاخير) يريد حفر البئر (ورد الخبر) وهو ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بئرا مقدار ذراع فهو متحجر وقوله (لتحقق حاجتهم اليها حقيقة) يعنى عند محمد رحمه الله (أو دلالة) عند أبى يوسف رحمه الله وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ وقوله (لا يجوز أن يقطع الامام) يقال أقطع السلطان رجلا أرضا أى أعطاه اياها وخصصه بها وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لتحقق حاجتهم اليها العطن مناخ الابل ومبركها

(قوله والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة) أقول وأنت خبير بان المصنف استدل على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع

ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير الاعلام سمى به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله أو يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقى غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضى الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا أعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ أموره فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقدرناه بثلاث سنين لان مادونها من الساعات والايام والشهور لا يفى بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر أنه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا أحياها غيره قبل مضى هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها أغصانا يابسة أو نقى الارض وأحرق ما فيها من الشوك أو خضد ما فيها من الحشيش أو الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول أو حفر من بئر ذراعا أو ذراعين وفى الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد أنه احياء ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا ولو حفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها أو سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال (ولا يجوز احياء ماقرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم) لتحقق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز للامام أن يقطع مالا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التى يستقى الناس منها لما ذكرنا قال (ومن حفر بئرا فى برية فله حريمها) ومعناه اذا حفر فى أرض موات باذن الامام عنده أو باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال (فان كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعا)

الامام ويدفعها الى الغير بعد الاحياء أيضا اذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيلا لمنفعة المسلمين من حيث العشر أو الخراج وتخليصا لها عن التعطيل فان قلت يملكها الانسان بالاحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير أحق بالتصرف فيها من الغير والامام لا يقدر أن يدفع مملوك أحد الى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير مملوك اليد لذلك قلت فحينئذ يلزم المصير الى التعليل الثانى الذى ذكره بقوله ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به فلا يكون التعليل الاول مفيدا للمدعى بدون الثانى مع أن أسلوب تحريره يأبى ذلك كما ترى (قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه) قال عامة الشراح فى حل هذا التعليل لتحقق حاجتهم اليها حقيقة أى عند محمد رحمه الله أو دلالة أى عند أبى يوسف رحمه الله وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ذلك أراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ واقتفى أثره صاحب

عندنا خلافا للشافعى رحمه الله فكذلك الكافر أيضا يملك مال المسلم بالاستيلاء (قوله أو يعلمونه لحجر غيرهم) أى أو يعلمون الموات بشئ آخر سوى الاحجار بمنع غيرهم (قوله ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق) والاصح لمحتجر من احتجر الارض أى اعلم علما فى حدودها ليحوزها ويمنعها كذا فى المغرب (قوله وفى الاخير ورد الخبر) يعنى فى البئر وهو قوله عليه السلام من حفر بئرا مقدار ذراع فهو محتجر (قوله ولو كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احياء ولو فعل أحدهما يكون محتجرا) وفى المبسوط ولو كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا فهو احياء وفى الذخيرة ذكر شمس الائمة رحمه الله ان الاحياء ان يجعلها صالحة للزراعة بان كربها وضرب عليها المسناة أو حفر لها بئرا (قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة) أى عند محمد ودلالة أى عند أبى يوسف رحمه الله (قوله وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام مالا غنى بالمسلمين عنه) هذا استدلال بان ما افتقر اليه الناس كالملح والآبار التى يستقى الناس منها لا يجوز قطع منفعتهم بالاقطاع من أحد فكذا لا يجوز احياء ما تعلق به حق العامة كما فى النهر والطريق (قوله لما ذكرنا) أى لتعلق حقهم بها (قوله فان كانت للعطن) وهى التى ينزح الماء منها باليد فحريمها أربعون ذراعا والعطن مناخ الابل ومبركها حول الماء وان كانت للناضح وهى التى ينزح الماء منها بالبعير والناضح هو البعير فحريمها ستون ذراعا وهذا

لقوله

قوله (قيل الاربعون من كل الجوانب) يعنى يكون فى كل جانب عشرة أذرع لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته فانه بظاهره يجمع الجوانب الاربع والصحيح أنه من كل جانب لان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الاولى كى لا يحفر بحريمه أحد بئرا أخرى فيتحول اليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب بيقين فان الاراضى تختلف فى الصلابة والرخاوة وفى مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يتيقن بدفع الضرر والناضح البعير وقوله (وله ماروينا) يريد به قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا من غير فصل يعنى بين العطن والناضح واعترض بانه مقيد بقوله عطنا لماشيته فيكون قد فصل بين العطن والناضح وأجيب بان ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد فان الغالب فى انتفاع الآبار فى الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكرا لجميع الانتفاعات كما فى قوله تعالى وذروا البيع قيد بالبيع لما أن الغالب فى ذلك اليوم البيع وكذلك قوله تعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما والوعيد ليس بمخصوص بالاكل ولكن الغالب من أمره الاكل فاخرجه على ماعليه الغالب والدليل على ذلك ماروى أبو يوسف رحمه الله قال حدثنا أشعث بن سوار عن الشعبى أنه قال حريم البئر أربعون ذراعا من ههنا وههنا وههنا وههنا لا يدخل عليه أحد فى حريمه وفى مائه

لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح أنه من كل جانب لان فى الاراضى رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها (وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند أبى حنيفة أربعون ذراعا) لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى أن يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله مارويناه من غير فصل

العناية وتوالشارح العينى أقول لم يصب هؤلاء الثلاثة من الشراح فى حلهم مراد المصنف بقوله على مابيناه على ماذكروا اذ الظاهر أن مراد المصنف بقوله المزبور مجموع ماذكره فيما مر بقوله والبعد عن القرية على ماقال شرطه أبو يوسف لان الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية اهـ اذ يصير قوله على مابيناه حينئذ ناظرا الى مجموع قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة فيحسن وأما على ماذكره هؤلاء الشراح فيصير قوله المزبور ناظرا الى قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة فقط ولا يخفى ما فيه من الركاكة أما أولا فلانه كان ينبغى اذ ذاك أن يقدم قوله على مابيناه على قوله أو دلالة كما لا يشتبه على ذى فطرة سليمة وأما ثانيا فلانه يلزم حينئذ أن يقصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة اليها أيضا وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له (قوله لان فى الاراضى رخوة ويتحول الماء على ما حفر دونها) أقول كان الظاهر أن يقال فيتحول الماء بالفاء لان سبب تحول الماء الى ما حفر دونها انما هو رخوة الاراضى لا غير اذ لو كانت فيها صلابة لم يتحول الماء الى ما حفر دونها قطعا فلا بد من أداة التفريع ثم أقول لقائل أن يقول ان هذا التعليل تعليل فى مقابلة النص لان قوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا ظاهر فى كون الاربعين من كل الجوانب الاربعة على أن يكون من كل جانب عشرة أذرع كما صرح به فى الكافى وعامة الشروح وقد تقرر فى علم الاصول أن التعليل فى مقابلة النص غير صحيح فكيف يتم الاستدلال بما ذكره على كون الصحيح انه من كل جانب ويمكن الجواب بان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر والضرر لا يندفع عنه بعشرة أذرع من كل جانب فلو لم يكن الاربعون من كل جانب لزمه الحرج وهو مدفوع بالنص فكان مآل هذا التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المودى الى الحرج ويرشدك اليه تقرير صاحب الكافى ههنا حيث قال والصحيح أن المراد به أربعون ذراعا من كل الجوانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الاول لكى لا يحفر أحد فى حريمه بئرا أخرى فيتحول اليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب فان الاراضى تختلف صلابة ورخاوة فربما يحفر بحريمه أحد بئرا أخرى فيتحول ماء البئر الاولى اليه فيتعطل عليه منفعة بئره وفى مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين اهـ فتدبر (قوله وله ماروينا من غير فصل

عندهما (قوله وله ماروينا من غير فصل) أى بين بئر العطن وبئر الناضح وهو قوله عليه السلام من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته فان قيل لما قيد فى ذلك الحديث أربعون ذراعا بالعطن بقوله عليه السلام عطنا لماشيته فكيف يكون رواية ذلك الحديث من غير فصل بين العطن والناضح قلنا ذكر ذلك اللفظ للتعليل لا للتقييد فان الغالب فى انتفاع الآبار فى الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكر لجميع الانتفاعات كما فى قوله تعالى وذروا البيع قيد بالبيع لما ان الغالب فى ذلك اليوم البيع وكذا قوله تعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما الآية والوعيد ليس بمخصوص بالاكل ولكن الغالب من أمره الاكل فاخرجه على ماعليه الغالب

والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه

والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به) يريد بقوله ماروينا قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا وبقوله من غير فصل أي من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا وبقوله أولى عنده أي عند أبي حنيفة رحمه الله ويريد بالخاص المختلف في قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا كذا في العناية وغيرها أقول هذا الدليل المذكور من قبل أبي حنيفة منقوض بما اذا كانت البئر عينا فان حريمها خمسمائة ذراع بالاجماع كما سياتي مع أن مارواه من قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا لا يفصل ذلك أيضا وان كون العام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يقتضي أن يكون حريمها أربعين ذراعا عنده فليتأمل في الفرق (قوله ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه) يعني أن الحديثين اتفقا في الاربعين فتركنا القياس في هذا القدر وفيما وراء الاربعين تعارضا لان العام ينفيه والخاص يثبته فتساقطا فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره أقول فيه بحث لان المتعارضين من الدليلين انما يتساقطان اذا لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر وأما اذا كان لاحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والامر فيما نحن فيه كذلك لان العام انما ينفي ماوراء الاربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا وان سلم انه ينفي ذلك بمنطوقه فانما ينفيه بطريق الاشارة والخاص يثبته بطريق العبارة وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارته عند التعارض فلزم أن لا يسقط الخاص بل وجب أن يعمل به ويترك القياس لظهور أن يترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف يتعارضان وقد ذكر القبول في أحدهما والاختلاف في الآخر قلت يعني به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني أقول الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما ههنا صورة التعارض التي لا تنافي رجحان أحدهما على الآخر لما تم قول المصنف وفيما تعارضا فيه حفظناه ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الاربعين تعارضا فتساقطا فعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس انما يتصور في حقيقة التعارض بان يتساويا في القوة ولم يوجد الخاص وأما في صورة التعارض مع رجحان أحدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس وقد عرف ذلك كله في أصول الفقه ثم أقول الظاهر في الجواب أن يقال مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان

(قوله والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به) ولهذا رجح قوله عليه السلام ما أخرجت الارض ففيه العشر على قوله عليه السلام ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة وعلى قوله ليس في الخضراوات صدقة (قوله تركناه) أي القياس فيما اتفق عليه الحديثان وهو أربعون وفيما تعارضا فيه وهو وراء الاربعين لان العام ينفيه والخاص يثبته وانما قلنا ذلك لان للعام موجبين أحدهما ان يكون الحريم أربعين والثاني ان لا يكون زائدا حيث ذكر بكلمة من وهي للتبعيض والتمييز يمتنع عليه الزيادة فان قيل كيف يتعارض الحديثان وقبول أحدهما متفق على قبوله والآخر مختلف فيه قلنا نعني صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم

وقوله (والعام المتفق على قبوله والعمل به) يريد قوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرا الآن كلمة من تفيد العموم (أولى عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله (من الخاص المختلف في قبوله والعمل به) يريد به حديث الزهري حريم العين خمسمائة ذراع وحريم البئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ورد عموم الاول بان معناه من حفر بئر العطن فله مما حولها أربعون ذراعا وهو خاص بالعطن كما ترى وأجيب بان عطنا ليس صفة البئر حتى يكون مخصصا وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين ليكون دافعا لمقتضى القياس فانه يابى استحقاق الحريم لان عمل الحافر في موضع الحفر واستحقاقه بالعمل ففي موضع الحفر استحقاقه لكنا تركناه به

ولانه

ولانه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه أن يدير البعير حول البئر فلا يحتاج فيه الى زيادة مسافة قال (وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع) لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلابد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هي المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضينا رخاوة فيزاد كي لا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال (فمن أراد أن يحفر في حريمها منع منه) كي لا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم الاولى للاول أن يصلحه ويكبسه تبرعا ولو أراد أخذ الثاني فيه قيل له أن يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة أنه يجعل في الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى فلا شئ عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه (والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها) وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الارض لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع (والشجرة تغرس في أرض موات لها حريم أيضا حتى

أحدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارضا فيه وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تأمل ترشد (قوله ولانه قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما) أقول هذا التعليل ضعيف جدا لانهم صرحوا بان المراد من بئر العطن ما يستقى منه باليد ومن بئر الناضح ما يستقى منه بالبعير فكيف يتم أن يقال قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم أن يقال فاستوت الحاجة فيهما (قوله وقيل ان التقدير في البئر والعين بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضينا رخاوة فيزاد كي لا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول) أقول فيه اشكال اذ المقادير مما لا مدخل فيه للرأي أصلا وانما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه ما ذكر فيما قبل لا غير فتصير الزيادة عليه عملا بالرأي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فليتأمل في الدفع (قوله وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره) أقول في التعليل قصور لانه لا يتمشى فيما اذا حفر الاول بغير اذن الامام على أصل أبي حنيفة فانه يجعل

(قوله لما روينا) وهو قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع (قوله والذراع هو المكسر) وفي المغرب الذراع المكسرة ست قبضات وهي ذراع العامة وانما وصفت بالمكسرة لانها نقصت من ذراع الملك بقبضة وهو بعض الاكاسرة لا الكسرى الاخيرة وكان ذراعه سبع قبضات (قوله وقد بيناه من قبل) أي بينا الوجه في ان الخمسمائة تعتبر من كل جانب (قوله كما اذا هدم جدار غيره) أي يضمنه النقصان ويبني الجدار بنفسه (قوله وذكر طريق معرفة النقصان) وهو ان يقوم الارض قبل حفره ويقوم بعد حفره فيضمن التفاوت (قوله والعذر لابي حنيفة رحمه الله انه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه) يعني يجعل الحفر التام بغير اذن الامام بمنزلة من حفر بئرا نحو ذراع باذنه وثم يكون ذلك تحجيرا ولم يثبت له الملك بذلك القدر فكذلك الحفر التام بدون اذن الامام لان في الحفر التام وان وجدت العلة لكن الشرط وهو اذن الامام لم يوجد فلم تعمل العلة عملها فلا يثبت الملك فيبقى تحجيرا وبالتحجير لا يكون متعديا فلا يضمن

فان قيل فاتركه في الناضح أيضا لحديث الزهري لئلا يلزم التحكم قلنا حديثه فيه معارض بالعموم فيجب المصير الى ما بعده وهو القياس فحفظناه وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام حريم العين خمسمائة ذراع وقوله (والذراع هي المكسرة) يعني أن يكون ست قبضات وهو ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الاكاسرة بقبضة وقوله (لما بينا) اشارة الى ما ذكره في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة على الناس فانها هي المكسرة قال (فمن أراد أن يحفر في حريمها يمنع منه) كلامه واضح وقوله (أن يطمه) أي يصلحه ويكبسه من باب أعجبني زيد وكرمه في كون العطف للتفسير فان اصلاحه كبسه وقوله (وذكر طريقة معرفة النقصان) وهو أن يقوم

(قوله اشارة الى ما ذكره في كتاب الطهارة) أقول في

الاولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان مابينهما والقناة مجرى الماء تحت الارض تسمى بالفارسية كارز وقوله (به ورد الحديث) يريد به ماروى أن رجلا غرس شجرة فى أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنب شجرته فشكى صاحب الشجرة الاولى الى النبى صلى الله عليه وسلم فجعل له النبى عليه الصلاة والسلام من الحريم خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الاسلام فى مبسوطه (قوله ومن كان له نهر فى أرض غيره) ذكر فى شرح الطحاوى لو أن نهر الرجل وأرضا على شاطئ النهر لآخر فتنازعا فى المسناة فان كان بين الارض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسناة لصاحب الارض بالاجماع وان لم يكن بينهما حائل قال أبو حنيفة رحمه الله هى لصاحب الارض

ولصاحب النهر فيها حق حتى ان صاحب الارض اذا أراد رفعها أى هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله المسناة لصاحب النهر وذكر فى كشف الغوامض ان الاختلاف فى نهر كبير لا يحتاج الى كريه فى كل حين أما الانهار الصغار التى يحتاج الى كريها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكره فى النهاية وظاهر كلام المصنف ينافيه وقوله (فيكون له حريم اعتبارا بالبئر) يعنى بجامع الاحتياج فان استحقاق الحريم للحاجة وهى موجودة فى النهر كهى فى البئر والعين فيتعدى الحكم منهما اليه (وله أن القياس يأباه على ماذكرناه) يعنى قوله ولان القياس يأبى استحقاق الحريم الى آخره وفى البئر عرفناه بالاثر فكان الحكم معدولا به عن القياس فى الاصل فلا يصح تعديته وقوله (والحاجة الى الحريم فيه) أى فى البئر جواب عما يقال

لم يكن لغيره أن يغرس شجرا فى حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب به ورد الحديث قال (وماترك الفرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه) لحاجة العامة الى كونه نهرا (وان كان لا يجوز أن يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر) لانه ليس فى ملك أحد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم فى يد الامام قال (ومن كان له نهر فى أرض غيره فليس له حريم عند أبى حنيفة الا أن يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشى عليها ويلقى عليها طينه) قيل هذه المسئلة بناء على أن من حفر نهرا فى أرض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشى لتسييل الماء ولا يمكنه المشى عادة فى بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله أن القياس يأباه على ماذكرناه وفى البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه فى النهر لان الانتفاع بالماء فى النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن فى البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على مانذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتدأة فلهما أن الحريم فى يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه

الحفر هنالك تحجيرا كما مر آنفا وبمجرد التحجير لا تصير البئر لا ولى ولا حريمها ملكا للمحجر فلا يصدق هنالك على أصله أن يقال ان الثانى حفر فى ملك غيره فالاولى فى التعليل أن يقال لانه متعد فيه بحيث حفر فى حق غيره

بالاتفاق والقناة مجرى الماء تحت الارض (قوله وهو مقدر بخمسة أذرع) به ورد الحديث فان رجلا غرس شجرة فى أرض فلاة فجاء آخر فاراد ان يغرس شجرة أخرى بجنب شجرته فشكا صاحب الشجرة الاولى الى النبى صلى الله عليه وسلم فجعل له النبى صلى الله عليه وسلم من الحريم خمسة أذرع وأطلق الآخر فيما وراء ذلك وهذا حديث صحيح مشهور كذا فى مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله (قوله لان قهر الماء يدفع قهر غيره) الاحياء شرطه ان تكون الارض فى قهر الامام فاذا عدل عنه ولم يجز عوده فات قهر الماء فصار فى قهر الامام فيجوز احياؤه اذا لم يكن حريما لعامر (قوله ومن كان له نهر فى أرض غيره فليس له حريم عند أبى حنيفة رحمه الله) قال أبو جعفر الهندوانى رحمه الله فى كشف الغوامض الاختلاف فى نهر كبير لا يحتاج الى كريه فى كل حين وأما الانهار الصغار التى تحتاج الى كريها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق (قوله وله ان القياس يأباه على ماذكرناه) وهو قوله ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله فى موضع الحفر أى الاستحقاق بالعمل وهو الحفر ولا عمل فى غير موضع الحفر فلا يستحق (قوله ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه)

أنه على خلاف القياس فليلحق به بالدلالة ووجهه أن الالحاق بالدلالة انما يكون للاعلى بالادنى أو المساوى وله والامر فيما نحن فيه ليس كذلك فان الحاجة الى الحريم فيه أى فى البئر بمعنى القليب فوق الحاجة اليه فى النهر لان الانتفاع بالماء فى النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن فى البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق وقوله (ووجه البناء الى قوله والقول لصاحب اليد) من جهتهما وقوله (ولعدم استحقاقه الى آخره) من جهة أبى حنيفة رحمه الله

باب الماء الذى يجوز به الوضوء وفيه رد على العلامة الكاكى حيث قال فى شرح قوله وقد بينا أن الوجه فى أن الخمسة انما تعتبر من كل جانب ولكن لم يذكر بيان الذراع انتهى فتأمل (قال المصنف والقناة له حريم بقدر ما يصلحه) أقول وفى غاية البيان تفصيل حسن فى هذا المقام فراجعه (قال المصنف لان الانتفاع بالماء فى النهر ممكن بدون الحريم) أقول الا أنه يلحقه بعض الحرج فى نقل الطين والمشى فى وسطه

وقوله (أماصورة فلاستوائهما) يشير الى أن الخلاف فيما اذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض فأما اذا كانت المسناة أرفع من الارض فهى لصاحب النهر لان الظاهر أن ارتفاعه لالقاء طينه وقوله (يقضى للذى فى يده ماهو أشبه بالمتنازع فيه) هو الموعود بقوله على مانذكره وقوله (والقضاء فى موضع الخلاف) أى فى مسئلة من كان له نهر فى أرض غيره قضاء ترك لا قضاء ملك فلو أقام صاحب النهر البينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضى عليه فى حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها وقوله (ولا نزاع فيما به استمساك الماء) جواب عن قولهما أن الحريم فى يد صاحب النهر بامساك الماء وهو واضح وقوله (والمانع من نقضه) جواب عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وذكر رواية الجامع الصغير لانه يتبين بها موضع الخلاف وقوله (ليس لاحدهما عليه) أى على المسناة بتاويل الحريم

(قوله يشير الى أن الخلاف الخ) أقول لا يخفى عليك مافى الاشارة من الخفاء ولك أن تقول المراد بالاستواء هو الاستواء صورة بان لا يرتفع الحريم من الارض لا الاستواء فى الارضية (قوله

وله أنه أشبه بالارض صورة ومعنى أماصورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن فى يده ماهو أشبه به كاثنين تنازعا فى مصراع باب ليس فى يدهما والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذى فى يده ماهو أشبه بالمتنازع فيه والقضاء فى موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن أرضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه (وفى الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة أرض تلزقها وليست المسناة فى يد أحدهما فهى لصاحب الارض عند أبى حنيفة وقالا هى لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك) وقوله وليست المسناة فى يد أحدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف أما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر وأما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل أن لصاحب النهر ذلك مالم يفحش وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه أبو جعفر آخذ بقوله فى الغرس

اذلا شك أن الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالاحياء ولهذا لا يقدر الامام أن يأخذها من يد المحجر ويدفعها الى غيره الا اذا حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين كما مر فيمشى التعليل بهذا الوجه فى الصورة المذكورة أيضا على أصل أئمتنا الثلاثة جميعا (قوله وله أنه أشبه بالارض صورة ومعنى أماصورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة) قال صاحب العناية وقوله لاستوائهما يشير الى أن الخلاف فيما اذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الارض فأما اذا كانت المسناة أرفع من الارض فهى لصاحب النهر لان الظاهر أن ارتفاعه لالقاء طينه انتهى وتبعه العينى أقول ليس هذا بشرح سديد لان الاشارة الى ماذكره انما يتصور أن لو كان المراد باستوائهما فى قوله صورة لاستوائهما استواءهما فى الارتفاع والانخفاض أى الاستواء المكانى ولا يذهب على ذى مسكة أن المراد بذلك انما هو الاستواء فى الحقيقة الارضية كيف لا والاستواء بالمعنى الاول قد يتحقق بين النهر والحريم أيضا كما لا يخفى عليك فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور وتبصر (قوله وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر) قال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا يظهر كون ماذكره ثمرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس انتهى أقول

يعنى لما استحق الحريم عندهما بالحفر تثبت اليد على الحريم والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد يعنى لما لم يستحق الحريم عند أبى حنيفة رحمه الله بالحفر تنعدم اليد على الحريم والظاهر يشهد لصاحب الارض على ماذكره وهو قوله انه أشبه بالارض صورة ومعنى فيكون القول قوله فى الحريم (قوله والقضاء فى موضع الخلاف قضاء ترك) أى لا قضاء ملك واستحقاق وانما ذكر هذا لان صاحب النهر لو أقام بينة بعد هذا على ان المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته وذلك لان الاصل ان من صار مقضيا عليه فى حادثة لا يصير مقضيا له فى تلك الحادثة أبدا الا اذا كان القضاء تركا فانه يصير مقضيا له بعد اقامة البينة وفى قضاء الترك لو ادعى ثالث وأقام البينة تقبل بينته وفى قضاء الاستحقاق لا تقبل بينته الا اذا ادعى تلقى الملك من جهة المقضى له (قوله وفى الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة أرض تلزقها وليست المسناة فى يد أحدهما) أى ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى انما أورد رواية الجامع الصغير لينكشف موضع الخلاف ان الخلاف فيما اذا لم يكن الحريم فى يد أحدهما اما اذا كان فى يد أحدهما فصاحب اليد أولى بالاتفاق واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل لصاحب النهر ذلك مالم يفحش وهو الصحيح واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة وهو الاشبه وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله آخذ بقوله فى الغرس

هو الموعود بقوله على ماذكره) أقول فيه بحث بل الموعود قوله وله أنه أشبه بالارض (قال المصنف وثمرة الاختلاف الخ) أقول فيه بحث اذ لا يظهر كون ماذكره ثمرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس

(فصول فى مسائل الشرب) *(فصل فى المياه)* لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء والشفة أصلها شفهة أسقطت الهاء تخفيفا والمراد بها ههنا الشرب بالشفاه وجيحون نهر خوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة وضفة النهر بالكسر والفتح حافته وأنث ثلاث فى قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاث لان الفصيح فى الكلام اذا لم يذكر المعدود أن يذكر على لفظ المؤنث نظرا الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه الصلاة والسلام من صام رمضان وأتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق فى الايام لا فى الليالى ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام أنثه وقوله عليه الصلاة والسلام شركاء يريد به الاباحة فى الماء الذى لم يحرز نحو الحياض والعيون والآبار والانهار وأما الكلأ وهو ما لا ساق له فاما أن ينبت فى أرض شخص أو أنبته فيها بكرى الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الا أن أحدا لا يدخل ملكه الا باذنه فان لم يجد فى غير ذلك الموضع فاما أن يخرج له صاحب الارض أو يأذن له بالدخول وان كان الثانى فهو أحق به وليس لاحد أن ينتفع بشئ منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب وأما النار فكمن أوقد نارا فى أرض فليس لاحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاء بها والنار وتجفيف الثياب وأن يعمل بضوئها وأما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم أو حطب قد أحرزه الموقد ليس مما تثبت

و بقولهما فى القاء الطين ثم عن أبى يوسف أن حريمه مقدار نصف النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا أرفق بالناس

(فصول فى مسائل الشرب)

*(فصل فى المياه) واذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيأ من الشفة والشفة الشرب لبنى آدم والبهائم) اعلم أن المياه أنواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقى الاراضى حتى ان من أراد أن يكرى نهرا منها الى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أى وجه شاء والثانى ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقى الاراضى فان أحيا واحد أرضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر فى ملك أحد له ذلك لانها مباحة فى الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك فى أن يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضى وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقى به والثالث اذا دخل الماء فى المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلا

لا وجه لكلامه هذا أصلا فانه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الارض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه أن ولاية الغرس فى مقدار ذلك الحريم لصاحب الارض عنده ولصاحب النهر عندهما اذ لا شك أن ولاية الغرس فى موضع لمن يستحق ذلك الموضع وهذا مما لا سترة به فكيف خفى على مثل ذلك القائل *(فصول فى مسائل الشرب)*

(فصل فى المياه) لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات

و بقولهما فى القاء الطين والله أعلم بالصواب *(فصول فى مسائل الشرب)*

(فصل فى المياه) (قوله الشفة واحد الشفاه وأصلها شفهة سقطت الهاء تخفيفا ويقال هم أهل الشفة أى الذين لهم حق الشرب بشفاههم وان يسقوا دوابهم (قوله والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر) لان هذا الماء ليس لاحد فيه حق على الخصوص فان ذلك الموضع غير داخل تحت قهر أحد لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يمنع من الانتفاع به على أى وجه شاء (قوله والثانى ماء الاودية العظام) هى جمع الوادى على غير القياس وأصل التركيب يدل على الجرى والخروج فسمى الوادى به لان الماء يدى فيه أى يجرى ويسيل فكان فيه اطلاق لاسم الحال على المحل كذا فى الصحاح وغيره وجيحون نهر بزيد وخوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة بغير حرف التعريف نهر بغداد والفرات نهر الكوفة وفى المغرب ضفة النهر جانبه بالكسر والفتح (قوله والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والكلأ والنار) أما الماء فلانه صار موجودا بايجاد الله تعالى فى مكانه فيبقى على الاباحة حتى يحرز فاذا أخذه وجعله فى وعائه صار أخص به وجاز بيعه كالصيد يصير مملوكا بالاستيلاء وأما الكلأ فهو الحشيش الذى ينبت من غير أن ينبته أحد فلا يملك صاحبه بكونه فى أرضه فان قطعه غيره وأحرزه ملكه وصار أخص به وأما الحشيش الذى أنبته صاحب الارض بان سقى أرضه وكربها فانبتت الحشيش فيها لدوابه فهو أحق بذلك وليس لاحد أن ينتفع به الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب والشجر اذا نبت فى أرض انسان يكون لصاحب الارض والشجر ماله ساق نحو الدوس والشرك والحشيش ما لا ساق له اذا نبت بل ينبسط على وجه الارض وأما النار فيعنى اثبات الشركة فيها الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها وليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاقتباس منها فاما اذا أراد أن يأخذ من ذلك الجمر فليس له ذلك لانه ملك صاحبه لان ذلك حطب أو فحم

والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقى الثانى وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبى اذا تكنس فى أرضه ولان فى ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه أفضى الى حرج عظيم وان أراد رجل أن يسقى بذلك أرضا أحياها كان لاهل النهر أن يمنعوه عنه أضر بهم أو لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو أبحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز فى الاوانى وانه صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما فى الصيد المأخوذ الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان فى موضع يعز وجوده وهو يساوى نصابا لم تقطع يده ولو كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر فى ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول فى ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء فى غير ملك أحد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما أن تعطيه الشفة أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته وهذا مروى عن الطحاوى وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر فى أرض مملوكة له أما اذا احتفرها فى أرض موات فليس له أن يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة فى الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء فى البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز فى الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل فى البئر ونحوها الاولى أن يقاتله بغير السلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان يأتى على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشى كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا تردها فى كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل فى قسمة الشرب وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقى المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب فى الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدى الى الحرج وهو مدفوع وان أراد أن يسقى شجرا أو خضرا فى داره حملا بجراره له ذلك فى الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له أن يسقى أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله أن يمنعه من ذلك

يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا فى الشروح أقول يرد على ظاهره أن يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات على عكس ما فى الكتاب والجواب أن احياء الموات لاصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجمة الكتاب به فى العنوان يستحق التقديم لا محالة وانما مقصود الشراح ههنا بيان مجرد وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقق المناسبة والتعلق بينهما من جهة احتياج أحدهما على الآخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكروه (قوله الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان فى موضع يعز وجوده وهو يساوى نصابا لم تقطع يده) واعترض عليه بانه على هذا ينبغى أن لا يقطع فى الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق وأجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل

أحرزه الذى أوقد النار فان أخذ من ذلك الجمر نظر فان كان ذلك مما له قيمة اذا جعله صاحبه فحما كان له أن يسترده منه وان لم يكن له قيمة لم يكن له أن يسترده لان الناس لا يمنعون هذا القدر عادة والمانع يكون متعنتا والمتعنت ممنوع شرعا من التعنت (قوله خص منه الاول) أى الشرب بالاجماع لانه يجوز بيعه تبعا للارض بالاتفاق ومقصودا فى رواية (قوله وهو يساوى نصابا لم تقطع يده) فان قيل فعلى هذا ينبغى أن لا يكون فى السرقة قطع اليد نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما فى الارض جميعا قلنا ما ثبت بالنص فلا يرد علينا نقضا ولان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد فيكون المعنى والله أعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع فى يده لا كل الاشياء (قوله ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب فى الصحيح) وعند بعضهم يتوضا

فيه الشركة وكلا معواضع وقوله (الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاث وقوله (حتى لو سرقه انسان لم يقطع) اعترض عليه بانه على هذا ينبغى أن لا يقطع فى الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق وأجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذى خلق لكم الآية ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذى خلق لكم فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزانى والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد به غير ما دل عليه الخصوصات وقوله وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقى المزارع والمشاجر ذكر فى المبسوط وأكثرهم على أن له أن يمنع فى مثل هذه الصور لان الشفة ما لا يضر بصاحب النهر والبئر فاما ما يضر ويقطع فله أن يمنع ذلك وقوله ولهم أن يأخذوا منه أى من الجدول الصغير علم من وضع المسئلة فيه وقوله فى الصحيح اشارة الى اختلاف المشايخ رحمهم

لان الماء متى دخل فى المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان فى ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان أذن له صاحبه فى ذلك أو أعاره فلا باس به لانه حقه فتجرى فيه الاباحة كالماء المحرز فى انائه

(فصل فى كرى الانهار) قال رضى الله عنه الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه فى المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة الا أنه عام ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثانى للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن فى بيت المال شئ فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذهم لا يقيمونها بانفسهم وفى مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم الا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل

بقوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزانى والسارق والسارقة وغير ذلك ودل على أن المراد غير ما دل عليه الخصوصات كذا فى العناية أقول فى هذا الجواب نظر لانه وان لم يلزم بالعمل بالحديث المذكور على الاطلاق ابطال دليل شرعى آخر فانهم حكموا بان الماء المحرز فى الاوانى يصير مملوكا بالاحراز وينقطع حق الغير عنه وهذا حكم شرعى لا بد له من دليل شرعى لا محالة فلو عملنا بالحديث المذكور على الاطلاق لزم ابطال ذلك الدليل الشرعى الدال على أن الماء المحرز فى الاوانى ملك خاص لمن أحرزه لا شركة فيه لغيره من الناس فدل على أن المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعى الدال على أن الماء المحرز فى الاوانى ملك مخصوص لمحرزه كما قيل فى الآية المذكورة فينبغى أن لا يورث شبهة فيما لو سرق انسان ماء محرزا فى الاوانى كما لا تورثها الآية المذكورة فالحق فى الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت فعلى هذا ينبغى أن لا يقطع السارق نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما فى الارض جميعا قلت مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد كما فى قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز الزائد على الاربع فكذا معنى الآية والله أعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع فى يده لا كل الاشياء وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس عاما اهـ

(فصل فى كرى الانهار) قال جماعة من الشراح لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التى كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون

فى النهر ويغسل الثياب فيه (قوله انقطعت شركة الشرب بواحدة) أى بالكلية والله أعلم

(فصل فى كرى الانهار) الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد وهو عام من كل وجه ولم يدخل ماؤه فى المقاسم أى لا يقسم ماؤه ولا يمكن ذلك كجيحون والفرات ونحوه فانه لا يمكن قسمة مائه بان يكون يوما لقوم ويوما لآخرين ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا أنه عام أى من وجه وخاص من وجه ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة وهو خاص من كل وجه (قوله والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه) يعنى ان كل ما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به عام وتكلموا فى النهر الخاص قال بعضهم ان كان النهر لعشرة فما دونها أو عليه قرية واحدة يعنى ماؤه فيها فهو خاص يستحق به الشفعة وان كان النهر لما فوق العشرة فهو نهر عام وقال بعضهم ان كان النهر لما دون الاربعين فهو خاص وان كان لاربعين فهو نهر عام وقال بعضهم جعلوا الحد الفاصل فى المائة وبعضهم فى الالف وأصح ما قيل فيه أنه يفوض الى رأى المجتهد حتى يختار من الاقاويل أى قول شاء كذا فى فتاوى قاضيخان رحمه الله وقيل الخاص ما لا تجرى فيه السفن وما تجرى فيه فهو عام وعن أبى يوسف رحمه الله الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة وما وراء ذلك فهو عام (قوله الا أنه يخرج له) أى للكرى ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما يفعل

مؤنته

الله فان منهم من قال لا يأخذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لان الشركة تثبت فى حق الشفعة لا غير والصحيح جوازه دفعا للحرج وقوله له ذلك فى الاصح احتراز عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ اذ قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر عملا بظاهر الحديث وقوله (لان الماء متى دخل فى المقاسم) أى متى دخل فى قسمة رجل بعينه وقوله بواحدة أى بالكلية

(فصل فى كرى الانهار) لما فرغ عن ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التى كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام أخر ذكره ووجه الحصر فى الثلاثة ظاهر لان النهر اما أن يكون عاما من كل وجه أو خاصا كذلك أو عاما من وجه خاصا من وجه أما الاول فكالفرات وسيحون وجيحون ودجلة وأما الآخران فقد فصل المصنف رحمه الله بينهما باستحقاق الشفعة وقد تقدم

ذلك فيها وقوله (الا أنه يخرج له) أى للكرى من كان يطيقه أى الذى يقدر على العمل (ويجعل مؤنته) أى مؤنة من يطيقه على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم كما يفعل ذلك فى تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء

مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم وأما الثانى فكريه على أهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن أبى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبى خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضى وفساد الطرق يجبر الآبى والا فلا لانه موهوم بخلاف الكرى لانه معلوم وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبى كما فى الثانى وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبى بما أنفقوا فيه اذا كان بامر القاضى فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفعة كما اذا امتنعوا جميعا

مؤنة الكرى كالنهر العام أخر ذكره اهـ أقول فيه كلام أما أولا فلان المصنف لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب بل هو فى أثناء ذكر مسائلها بعد كيف وقد قال فيما قبل فصول فى مسائل الشرب وهو الآن شرع فى الفصل الثانى من تلك الفصول وأما ثانيا فلان النهر العام أيضا لا يوجد بدون مؤنة الكرى بل له مؤنة من بيت مال المسلمين كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم لا يقال مرادهم أن النهر العام يوجد بدون مؤنة الكرى على أهله لا أنه يوجد بدونها مطلقا يشير اليه قول المصنف فيما بعد وأما الثانى فكريه على أهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان لانا نقول مؤنة النهر العام وان كانت على السلطان فى الظاهر حيث كان صرفها من يده الا أنها فى الحقيقة على أهلها أيضا وهم عامة المسلمين يرشد اليه قول المصنف لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم فى تعليل قوله فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين ولئن سلم أن مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدى نفعا أيضا اذ لا يلزم حينئذ أن يوجد النهر بدون مؤنة الكرى مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر فلا يتم وجه التأخير الذى ذكروه ههنا ثم أقول ما ذكروه ههنا مع كونه غير تام فى نفسه مستغنى عنه بالكلية بما ذكروه من قبل عند قول المصنف فصول فى مسائل الشرب

فى تجهيز الجيوش لانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء كذا ههنا (قوله ويقابله عوض وهو حصة من الشرب فلا يعارض به) أى فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص ما تقدم بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعى فى اعدامه وان بقى الضرر الخاص مع أن ذلك الضرر فى الخاص مجبور بعوض يقابله وهو حصة من الشرب (قوله ثم قيل يجبر الآبى) وهو قول أبى بكر الاسكاف رضى الله عنه وقيل لا يجبر وهو قول أبى بكر بن أبى سعيد البلخى رحمه الله كذا فى فتاوى قاضيخان رحمه الله ثم ما ذكره من اجبار الآبى فيما اذا كرى البعض وأبى البعض فحينئذ يجبر الآبى على قول البعض وأما اذا امتنع الكل من الكرى واتفقوا على ترك الكرى ففى ظاهر المذهب لا يجبرهم الامام على ذلك كما امتنعوا عن عمارة أراضيهم ودورهم وقد قال بعض المتأخرين من أصحابنا رحمهم الله يجبرهم على ذلك لحق أصحاب الشفعة فى النهر كذا فى المبسوط (قوله بخلاف ما تقدم) وهو الاجبار فى النهر الثانى فان من أبى من أهله يجبر عليه هناك لان احدى الجنبتين هناك عام والاخرى خاص فيجبر الآبى دفعا للضرر العام عن غيره وأما ههنا فكلتا الجنبتين خاص فاستويتا فلا يجبر (قوله ولا جبر لحق الشفعة) هذا جواب اشكال وهو أن فى كرى النهر الخاص أحياء حق الشفعة للعامة فيكون فى الترك ضرر عام فينبغى أن يجبر الآبى على الكرى دفعا للضرر عن أهل الشفعة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله فجواب ظاهر الرواية أنه لا يجبر الآبى لحق أهل الشفعة كما لو امتنع جميع أهل النهر من كريه حيث لا يجبرون على الكرى لحق أهل الشفعة ولان هذا امتناع عن اثبات الحق لهم لا ابطال حقهم لان حقهم انما يثبت حال جريان الماء لا قبله وهذا كامتناع الولى لليتيم

كما لو امتنع جميع أهل النهر عن كريه فانهم لا يجبرون على الكرى لحق أهل الشفعة

وقوله (ويقابله عوض) يعنى حصة من الشرب فلا يعارض به أى فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعى فى اعدامه وان بقى الضرر الخاص وقوله (خيفة الانبثاق) يقال بثق السيل موضع كذا أى خرقه وشقه وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الآبى كما فى الثانى وهو قول أبى بكر الاسكاف رحمه الله وقيل لا يجبر وهو قول أبى بكر بن أبى سعيد البلخى رحمه الله وقوله (فاستوت الجهتان) يعنى فى الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاجبار فى النهر الثانى فان من أبى من أهله يجبر عليه هناك لان احدى الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الآبى دفعا للضرر العام عن غيره وقوله (ولا جبر لحق الشفعة) جواب عما يقال ان فى كرى النهر الخاص احياء حق الشفعة العامة فيكون فى الترك ضرر عام فينبغى أن يجبر الآبى على الكرى دفعا للضرر عن أهل الشفعة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله وفى ظاهر الرواية لا يجبر الآبى لحق أهل الشفعة

(فصل فى كرى الانهار)

ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فاذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هى عليهم جميعا من أوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا فى الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسده من أعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز أرضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهته نهره وهو مروى عن محمد رحمه الله والاول أصح لان له رأيا فى اتخاذ الفوهة من أعلاه وأسفله فاذا جاوز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له أن يفتح الماء ليسقى أرضه لانتهاء الكرى فى حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا للاختصاص وليس على أهل الشفة من الكرى شئ لانهم لا يحصون ولانهم أتباع

فصل فى المياه فانهم قالوا هنالك لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء انتهى فتأمل (قوله وله أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انفاع غيره) قال صاحب النهاية والصواب نفع غيره لان الانفاع فى معنى النفع غير مسموع كذا وجدت بخط الامام تاج الدين الزرنوجى الى هنا كلامه واقتفى أثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شيأ وقال صاحب الغاية استعمل الانفاع فى معنى النفع وهو ضد الضر ولم يسمع ذلك فى قوانين اللغة وجاء أرجعته فى لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه أنفعته بمعنى نفعته ولكن اللغة لا تصح بالقياس ويجوز أن يكون ذلك سهوا من الكاتب بان يكون فى الاصل انتفاع غيره من باب الافتعال انتهى كلامه وقال الشارح العينى بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور قلت لا يلزم أن تكون الهمزة هنا للتعدية لكون النفع متعديا بدون الهمزة بل يجوز أن تكون للتعريض من باب أبعته فان باع متعد ولما قصدوا منه التعريض أدخلوا الهمزة عليه على قصد أن يكون المفعول معرضا لاصل الفعل فان معنى أبعته عرضته للبيع وجعلته منتسبا اليه وكذلك ههنا يكون المعنى فلا يلزمه أن يجعل غيره معرضا للنفع ولا منتسبا اليه انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ ماله أيضا اثبات اللغة بالقياس وهو غير صحيح على ما صرحوا به ولو صح ذلك لكان قياس ما فى الكتاب على أرجعه بمعنى رجعه أولى وأحسن من قياسه على أباعه بمعنى عرضه للبيع كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة

فان له ذلك لانه امتناع عن ثبوت الحق لليتيم لا ابطال حقه (قوله فاذا جاوز أرض رجل رفع عنه هذا عند أبى حنيفة رحمه الله) وبقول أبى حنيفة رحمه الله أخذوا فى الفتوى كذا فى فتاوى قاضيخان رحمه الله (قوله فلا يلزمه انفاع غيره) والصواب نفع غيره لان الانفاع فى معنى النفع غير مسموع (قوله وليس على صاحب المسيل عمارته) أى ليس على من هو فى أعلى النهر عمارة أسفل النهر بسبب حق تسييل الماء له وهذا جواب عن قولهما لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه قلنا مع ذلك لا يلزمه شئ من عمارته ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه ألا ترى أن من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شئ من عمارة سطح جاره ثم هو متمكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كرى أسفل النهر بان يسد فوهة النهر من أعلاه اذا استغنى عن الماء فعرفنا أن الحاجة المعتبرة فى الزام مؤنة الكرى الحاجة الى سقى الاراضى (قوله وليس على أهل الشفة من الكرى شئ لانهم لا يحصون) ومؤنة الكرى لا يستحق على قوم لا يحصون ولان أهل الشفة جميع أهل الدنيا فلا يمكن جمعهم فى الكرى (قوله ولانهم اتباع) والمؤنة على الاصول دون الاتباع ألا يرى أن المؤنة فى القتيل الموجود فى المحلة على أصحاب الخطة دون المشترين والسكان

وقوله (ومؤنة كرى النهر المشترك) ظاهر وقوله (فلا يلزمه انفاع غيره) قال فى النهاية الصواب نفع غيره لان الانفاع فى معنى النفع غير مسموع وقوله (لانهم لا يحصون) يعنى فكانوا مجهولين

(قال المصنف فلا يلزمه انفاع غيره) أقول الصواب نفع غيره لان الانفاع فى معنى النفع غير مسموع

*(فصل

(فصل فى الدعوى والاختلاف والتصرف فيه) قال (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى (واذا كان نهر لرجل يجرى فى أرض غيره فاراد صاحب الارض أن لا يجرى النهر فى أرضه ترك على حاله) لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول

(فصل فى الدعوى والاختلاف والتصرف فيه) لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (قوله وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد تباع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه دعوى البيع) قال فى المبسوط ينبغى فى القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى فى الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره فى الكتاب كذا فى العناية وغيرها أقول فيه اشكال لان ما ذكره فى الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس فى المبسوط اذ لا شك أن المشروط ينتفى بانتفاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذى هو شرط صحة الدعوى فى دعوى الشرب لجهالته جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة دعوى الشرب قطعا فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره فى الكتاب من كونه مملوكا بدون الارض ارثا وباقيا بعد بيع الارض ومرغوبا فيه والا يلزم أن يتحقق المشروط بدون أن يتحقق الشرط فكيف يصلح ما ذكره فى الكتاب أن يكون وجه الاستحسان فى مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس فى المبسوط على أن ما ذكره فى الكتاب لو كان مصححا لدعوى الشرب مع جهالته لكان مصححا لدعوى غيره أيضا من الاعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعا نعم يصلح ما ذكر فى الكتاب أن يكون وجه الاستحسان فى مقابلة وجه آخر للقياس مذكور أيضا فى المبسوط ومنقول عنه أيضا فى النهاية ومعراج الدراية وهو أن المدعى يطلب من القاضى أن يقضى له بالملك فيما يدعيه اذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بغير أرض فلا يسمع القاضى فيه الدعوى كالخمر فى حق المسلمين فان ما ذكر فى الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير جوابا عنه على وجه الاستحسان تامل تفهم ثم أقول الوجه الاول من ذينك الوجهين للقياس فى مسئلتنا هذه وان كان مذكورا فى المبسوط والكافى وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط فى بعضها وبطريق الاصالة فى البعض الا أنه منظور فيه عندى لانهم ان أرادوا بقولهم فى ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام أن الشرب مطلقا مجهول بجهالة لا تقبل الاعلام فهو ممنوع فانه اذا ادعى شرب يوم فى الشهر مثلا يصير الشرب هنالك معلوما نص عليه فى الاصل فانه قال فى باب الشهادات فى الشرب من الاصل واذا كان نهر لرجل فى أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم فى الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا لانها شهادة قامت على شرب معلوم من غير أرض والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة اذا كان الشرب معلوما والشرب معلوم لانهم شهدوا له بشرب يوم من ثلاثين يوما وهو معلوم الى هنا لفظ الاصل وان أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولا فهو مسلم ولكن لا يجدى شيئا فيما نحن فيه اذ لا شك أن المراد بصحة دعوى الشرب بغير أرض استحسانا فى مسئلتنا هذه صحة دعوى الشرب المعلوم فان دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح أصلا نص عليه فى الاصل أيضا فانه قال فيه وان شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عدد الايام لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا

(فصل فى الدعوى والاختلاف والتصرف فيه) (قوله ويصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) والقياس أن لا يصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى فى الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان أن الشرب قد يملك بدون الارض ارثا ووصية وقد يبيع الارض بدون الشرب فيبقى له الشرب وحده وهو مرغوب فيه منتفع به فاذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه باثبات حقه بالبينة (قوله فاراد صاحب الارض أن لا يجرى النهر فى أرضه) أى يزعم أن النهر له وليس لذلك الرجل حق

(فصل فى دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه) لما قرب من فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (يجوز دعوى الشرب بلا أرض استحسانا) قال فى المبسوط ينبغى فى القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى فى الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره فى الكتاب وقوله (ترك على حاله) معناه لم يكن له ذلك

(فصل فى دعوى الشرب) (قال المصنف لانه قد يملك بدون الارض ارثا) أقول قد يملك بالارث ما لا يملك بالبيع كالقصاص والخمر (قال المصنف واذا كان النهر لرجل الخ) أقول أى ماؤه ذكر المحل وأريد الحال (قال المصنف لانه مستعمل له باجراء مائه) أقول الضمير فى قوله له عائد الى النهر مرادا به المعنى الحقيقى على طريقة الاستخدام

قوله (فان لم يكن فى يده) يعنى بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه أو لم تكن أشجاره فى طرفى النهر فعليه أى فعلى المدعى البينة أن هذا النهر له ان كان يدعى رقبة النهر أو أنه قد كان مجراه فى هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيها ان كان يدعى الاجراء فى هذا النهر فاذا أقامها يقضى له لاثباته بالحجة ملكا له يعنى فى الاول أو حقا مستحقا فيه يعنى فى الثانى فان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله (فحكم الاختلاف فيها) أى اختلاف

المدعين فى الامور المذكورة (نظيره) أى نظير الاختلاف فى الشرب وقوله (لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره معارض لانهم قالوا قد استووا فى اثبات اليد على الماء الذى فى النهر والمساواة فى اليد توجب المساواة فى الاستحقاق وأجيب بان اثبات اليد على الماء انما هو بالانتفاع بالماء وانتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوى فى اثبات اليد وقوله (لم يكن له ذلك) أى لم يكن لصاحب الاعلى (السكر لما فيه) أى فى السكر من ابطال حق الباقين ولكن يشرب بحصته يعنى من غير سكر وقوله (الا أنه اذا تمكن من ذلك) يعنى اذا اصطلحوا على السكر ليس لمن يسكر أن يسكر بما ينكبس به النهر كالطين ونحوه اذا أمكنه أن يسكر بلوح أو باب خشب لكونه اضرارا بهم فيمنع ما فضل عن السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان لم يكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شئ يبدأ أهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى أن يسكروا لان فى السكر احداث شئ فى وسط النهر المشترك فلا يجوز ذلك ما بقى حق جميع الشركاء وحق أهل الاسفل ثابت ما لم يرووا فكان لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود رضى الله عنه أهل أسفل النهر أمراء على أهل أعلاه حتى يرووا لان لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وعليهم طاعته فى ذلك ومن لزمك طاعته فهو أميرك وقوله (والدالية والسانية نظير الرحى) الدالية جذع طويل مركب

قوله فان لم يكن فى يده ولم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له أو أنه قد كان مجراه له فى هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له أو حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب فى نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى فى دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره فى الشرب (واذا كان نهر بين قوم واختصموا فى الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم) لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو فى الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على أن يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل رجل منهم فى نوبته جاز لان الحق له الا أنه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم أن يكرى منه نهرا أو ينصب عليه رحى ماء الا برضا أصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا أن يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء و يكون موضعها فى أرض صاحبها لانه تصرف فى ملك نفسه ولا ضرر فى حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته و بالماء أن يتغير عن سننه الذى كان يجرى عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا

بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا يدرى أن له شرب يوم من الشهر أو من السنة أو من الاسبوع وجهالة المشهود به تمنع من قبول الشهادة لانه لا يمكن القضاء بها انتهى (قوله فان لم يكن فى يده) قال فى العناية والنهاية يعنى بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه أو لم تكن أشجاره فى طرفى النهر انتهى أقول فى المعنى الاول خلل اذ لا يخفى على الفطن أنه على تقدير أن يكون مراد المصنف بقوله فان لم يكن فى يده هو المعنى الاول أى بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه يلزم أن يلغو قوله ولم يكن جاريا اذ يكون عدم الجريان حينئذ مندرجا فى مضمون قوله فان لم يكن فى يده فيكون قوله ولم يكن جاريا مستدركا محضا فالوجه هو المعنى الثانى وهو ان لم تكن أشجاره فى طرفى النهر فان كون أشجاره فى طرفى النهر علامة أن يكون هذا النهر له وجريان مائه فيه علامة أن يكون له مجراه فى هذا النهر فيكون قوله فان لم يكن فى يده اشارة الى انتفاء العلامة الاولى وقوله ولم يكن جاريا اشارة الى انتفاء العلامة الثانية ويصير معنى مجموع كلامه فان لم يوجد شئ من العلامتين فعلى المدعى البينة أن هذا النهر له أو انه كان له مجراه فى هذا النهر فينتظم السياق واللحاق كما ترى لا يقال يجوز أن

فيه (قوله فان لم يكن فى يده) علامة كون النهر فى يده كريه وغرس الاشجار فى جانبيه وسائر تصرفاته (قوله أو انه قد كان له فى مجراه فى هذا النهر) أى فى موضع الاجراء وهو حق التسييل (قوله وعلى هذا المصب) يعنى موضع اجتماع ما يفضل من الماء (قوله كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم) فان قيل قد استووا فى اثبات اليد على الماء الذى فى النهر والمساواة فى اليد توجب المساواة فى الاستحقاق عند الاشتباه قلنا اليد لا تثبت على الماء الذى فى النهر لاحد حقيقة وانما ذلك بالانتفاع بالماء والظاهر أن من له عشرة قطاع لا يكون انتفاعه مثل انتفاع من له قطعة واحدة ثم الماء لا يمكن احرازه باثبات اليد عليه وانما احرازه بسقى الارض وانما ثبت اليد عليه بحسب ذلك وهذا بخلاف الطريق اذا اختصم فيه الشركاء فانهم يستوون فى ملك رقبة الارض ولا يعتبر فى ذلك سعة الدار وضيقها لان الطريق عين يثبت اليد عليه والمقصود التطرق فيه والتطرق فيه الى الدار الواسعة والى الدار الضيقة بصفة واحدة (قوله والدالية والسانية نظير الرحى)

يتخذ

(قوله لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة الخ) أقول أى لا يكون له انتفاع مثل انتفاع من له الخ

تركيب مداق الارز وفى رأسه مغرفة كبيرة يسقى بها والسانية البعير يستقى من البئر والجسر اسم لما يوضع و يرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والآجر موضوعا لا يرفع وكل ذلك يحدثه من يتخذه فى ملك مشترك فلا يملك الا برضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم وقوله (وكذا اذا كانت القسمة بالكوى) الكوة ثقب البيت والجمع كواء بالمد وكوى مقصور ويستعار لمفاتح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له أن يوسع الكوة وقوله (وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع منه) أى من فم النهر وهذا تقدير اتفاقى والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التى فيها الكوة فى فم النهر فاراد أن يؤخرها عن ضفة النهر فيجعلها فى وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله يسفل كواه أى يجعلها أعمق مما كانت وهى فى ذلك الموضع أو يرفعها الى وجه الارض وقوله (وهو نظير طريق مشترك) يعنى من حيث انه يزيد فى الشرب

(قال المصنف وكذا اذا كانت القسمة بالكوى) أقول بكسر الكاف قال الزيلعى أى ليس له توسيع فم النهر لانه يحبس الماء فى ذلك الموضع فيدخل فى كوته أكثر مما كان يدخل قبله انتهى وقال الاكمل وغيره معناه ليس له أن يوسع

يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد أن يقنطر عليه و يستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فاراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك فى أخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف فى خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء و يمنع من أن يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر و يزيد على مقدار حقه فى أخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك فى الصحيح لان قسمة الماء فى الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد أحدهم أن يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة فى نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى فى النهر الاعظم لان لكل منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان له أن يزيد فى الكوى بالطريق الاولى (وليس لاحد الشركاء فى النهر أن يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس لها فى ذلك شرب) لانه اذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه (وكذا اذا أراد أن يسوق شربه فى أرضه الاولى حتى ينتهى الى هذه الارض الاخرى) لانه يستوفى زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الارض الاخرى وهو نظير طريق مشترك

يكون مراد صاحبى العناية والنهاية تفسير مجموع قول المصنف فان لم يكن فى يده ولم يكن جاريا على أن يكون قولهما بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه ناظرا الى قوله ولم يكن جاريا وأن يكون قولهما أو لم تكن أشجاره فى طرفى النهر ناظرا الى قوله فان لم يكن فى يده على طريقة اللف والنشر الغير المرتب لانا نقول مع كون اللف والنشر الغير المرتب فى مثل هذا المقام من قبيل الالغاز فى الكلام لا يستقيم حينئذ كلمة أو فى قولهما أو لم تكن أشجاره فى طرفى النهر فان الاحد الامرين فيه يلزم أن يكون معنى كلام المصنف فان انتفت احدى العلامتين فعليه البينة وليس بصحيح فانه اذا انتفت احداهما ووجدت أخراهما لا يجب عليه البينة ولهذا قال المصنف ولم يكن جاريا بكلمة الواو اشارة الى انتفائهما معا

الدالية جذع طويل تركب تركيب مداق الارز وفى رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية البعير يسنى عليه أى يستقى من البئر ويقال للغرب مع أدواته سانية أيضا والجسر اسم لما يوضع و يرفع مما يتخذ من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الآجر والحجر و يكون موضوعا ولا يرفع (قوله ويستوثق منه) أى يشد جانبى القنطرة من النهر (قوله ولا يزيد ذلك فى أخذ الماء) أى لا يزيد نقض القنطرة لدخول الماء فى النهر الخاص (قوله الكوة) ثقب البيت والجمع كوى وقد يضم الكاف فى المفرد والجمع ويستعار لمفاتح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر (قوله وكذا اذا كانت القسمة بالكوى) أى لا يكون له أن يوسع الكوة (قوله وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع منه) أى من النهر وهذا التقدير اتفاقى والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التى فيها الكوة فى فم النهر أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها فى وسط النهر و يدع فوهة النهر بغير لوح كذا فى الذخيرة (قوله أراد أن يسفل كواه) أى أراد أن يضع الكوة أعمق عما كانت هى فى ذلك الموضع أو يرفعها يعنى الى وجه الارض (قوله ولو كان لكل منهم كوى مسماة) أى معدودة (قوله فى النهر الاعظم) أى كدجلة وفرات (قوله وكذا اذا أراد أن يسوق شربه فى أرضه الاولى) أى اتى لها شرب حتى ينتهى الى هذه الارض الاخرى وهى التى لا شرب لها وذكر خواهر زاده اذا ملأ الارض الاولى من الماء وسد فوهة النهر له أن يسقى الارض الاخرى من هذا الماء لانه حينئذ لم يستوف زيادة على حقه وان لم يسد فوهة النهر ليس له ذلك (قوله وهو نظير طريق مشترك) ووجه كونه نظيرا هو أنه يزيد فى الشرب ما ليس له منه حق فى الشرب و يزيد فى الطريق من المارة من ليس

ماليس له منه حق فى الشرب بوزيمن المارة من ليس له حق فى المرور وقيد بقوله (ساكنها غير ساكن هذه الدار) لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له أن يفتح بابا الى دار أخرى وقوله (وكذا اذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما) بان يقول لشريكه اجعل لى نصف الشهر ولك نصفه فاذا كان فى حصتى سددت ما بدا لى منها وأنت فى حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك بعدما كانت القسمة بينهما بالكوى لان الانتفاع بالماء فى القسمة الاولى مستدام وفى الثانية فى بعض المدة وربما يضر ذلك بصاحب السفل وقوله (لانه اعارة) لان كل

أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التى يفتحها فى هذا الطريق ولو أراد الاعلى من الشريكين فى النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كى لا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا أن يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضى لصاحب الاسفل أن ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب بما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة أو للغرر أو لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى فى النكاح حتى يجب مهر المثل ولا فى الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل

(قوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة أو للغرر أو لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) ذكر المصنف فى باب البيع الفاسد من كتاب البيوع أن الشرب يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا فى رواية

له حق فى المرور يعنى اذا كان له داران متلازقان وهو يسكن احداهما والاخرى يسكنها غيره وممر الدار التى هو يسكنها فى طريق مشترك فاراد أن يفتح بابا للدار الاخرى الى هذا ليس له ذلك (قوله ساكنها غير ساكن هذه الدار) قيد به لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له أن يفتح بابا الى الدار الاخرى لانه متى كان ساكن الدارين واحدا لا يزداد المار (قوله لما فيه من الضرر بالآخر) بسد الكوى وهو فعل صاحب الاعلى وليس لاحد الشريكين أن يتصرف فى المشترك على وجه يلحق الضرر بشريكه وضرر النز لا يلحقه بفعل صاحب الاسفل بل بكون أرضه فى أعلى النهر وبمقابلة هذا الضرر له منفعة اذا قل الماء (قوله وكذا اذا أراد أن يقسم النهر مناصفة بينهما) أى ليس له ذلك بعدما كانت القسمة بينهما بالكوى وهو أن يقول لشريكه اجعل لى نصف الشهر ولك نصفه فاذا كان فى حصتى سددت ما بدا لى منها وأنت فى حصتك فتحت كلها فليس له ذلك لان القسمة قد تمت بينهما مرة فلا يكون لاحدهما أن يطالب بقسمة أخرى وفى القسمة الاولى الانتفاع بالماء يستدام وفيما يطالب هذا به يكون انتفاع كل واحد منهما بالماء فى بعض المدة وربما يضر ذلك لصاحب الاسفل (قوله فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة) لانه بيع الجنس بالجنس نسيئة لان ماء الغد لا يكون موجودا اليوم والجنس بانفراده يحرم النساء ولانه بيع المعدوم لان الماء معدوم فى النهر فى الحال ولانه مجهول القدر ولان معاوضة الشرب بمال معلوم لا تجوز فبمجهول أولى ولان فيه غررا فانه مجهول لا يدرى أن الماء يجرى فى الوقت الثانى أم لا (قوله والشرب مما يورث) لان الورثة يقومون مقام المورث فى أملاكه وحقوقه وقد يملك الغير بالارث ما لا يملك من أسباب الملك كالقصاص والدين والخمر (قوله ويوصى بالانتفاع بعينه) قيد الايصاء بالانتفاع بعين الشرب احترازا عن الايصاء ببيع الشرب فان ذلك باطل على ما ذكر فى الكتاب (قوله والوصية بذلك) أى وبخلاف الوصية ببيع الشرب وصدقته وهبته فان ذلك لا يصح كما لا يصح بيعه وهبته (قوله حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) هذا على رواية الاصل واختيار فخر الاسلام أنه يضمن (قوله وكذا لا يصلح مسمى فى النكاح) يعنى اذا تزوج الرجل امرأة على شرب أرض

واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب من الشهر لتعذر جعله متراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته به باطل واذا كانت عارية فللمعير أن يرجع متى شاء وقوله (والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه) بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه فى املاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك ألا ترى أن القصاص والدين والخمر يملك بالارث وان لم يملك بالبيع ونحوه والوصية أخت الميراث وقوله (بعينه) احترازعن الايصاء ببيع الشرب كما نذكره والحاصل أن الشرب بغير الارض لا يملك بشئ من العقود فاذا سماه فى النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل واذا سماه فى الخلع صح الخلع وعليها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعى على دعواه اذا لم يكن عن قصاص فان كان فعلى القاتل الدية وأرش الشكوة لكن لا يخفى أن

ماذكره الزيلعى أوجه وأولى (قال المصنف حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) أقول ذكر المصنف فى باب البيع الفاسد من بيوع هذا الكتاب أن الشرب يجوز بيعه مفردا فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله حظ من الثمن على ماذكر فى كتاب الشرب انتهى قيل قوله حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ولهذا يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة انتهى لا يقال المراد باتلاف الشرب اتلافه بالكلية وسقى الارض من شرب غيره لا يستلزمه لانهم صرحوا بخلافه فليراجع

الصلح

الجراحة وقوله (والاصح) اشارة الى وجود الاختلاف فان العلماء رحمهم الله اختلفوا فى كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال السبيل فى ذلك أن يقال للمقومين ان العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب وقال بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من أقرب ما يكون من هذا الشرب وينظر بكم يشترى مع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع ذلك الماء فيه فى كل نوبة ثم يبيع الماء الذى جمعه بثمن معلوم ثم يقضى دينه بذلك

الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشئ من العقود ولا يباع الشرب فى دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما فى حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح أن يضمه الى أرض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض ويصرف الفاضل الى قضاء الدين (واذا سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء) أى ملأها (فسال من مائها فى أرض رجل فغرقها أو نزت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لانه غير متعد فيه

(كتاب الاشربة)

وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ماذكر فى كتاب الشرب انتهى فتوهم بعضهم ان قوله ههنا حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله هنالك ولهذا يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة أقول ليس ذلك بشئ لان بناء كلاميه فى المقامين على الروايتين فما ذكره ههنا على رواية الاصل وهو مختار شيخ الاسلام خواهرزاده وما ذكره هنالك على ما قاله الامام فخر الاسلام البزدوى وقد أفصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال رجل له نوبة ماء فى يوم معين من الاسبوع فجاء رجل فسقى أرضه فى نوبته ذكر الامام على البزدوى أن غاصب الماء يكون ضامنا وذكر فى الاصل أنه لا يكون ضامنا ثم قال وفى فتاوى الصغرى رجل أتلف شرب رجل بان سقى أرضه بشرب غيره قال الامام البزدوى ضمن وقال الامام خواهرزاده لا يضمن وعليه الفتوى اه وأفصح عنه صاحب الكافى أيضا ههنا حيث قال حتى لو أتلف شرب انسان بان يسقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وان اختار فخر الاسلام أنه يضمن اه

(كتاب الاشربة)

فالنكاح جائز وليس لها من الشرب شئ لان الشرب بدون الارض لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة ولا فى الخلع يعنى لو اختلعت امرأة من زوجها على شرب بغير أرض كان باطلا لا يكون له من الشرب شئ ولكن الخلع صحيح وعليها أن ترد المهر الذى أخذت لانها اختلعت الزوج بهذه التسمية فيما هو مرغوب فيه فتصير غارة بهذه التسمية والغرور فى الخلع يلزمها رد ما قبضت كما لو اختلعت على ما فى بيتها من المتاع فاذا ليس فى بيتها شئ (قوله وكيف يصنع الامام) الاصح أن يضم الى أرض لا شرب لها وقيل يتخذ حوضا ويجمع فيه ذلك الماء فى كل نوبة ثم يبيع الماء الذى جمعه فى الحوض بثمن معلوم فيقضى به الدين (قوله لانه غير متعد فيه) وهذا لان كون الفعل علة للشئ انما يعرف بالاثر اللازم له والاثر اللازم لفعله اجتماع الماء فى أرضه وانما صارت أرض جاره ذات نز بالشرب والاجتذاب وهو أمر اتفاقى قد يكون وقد لا يكون فلا يضاف الى فعله الا أنه لولا فعله لما حصل هذا الفساد فصار فعله فى حق هذا الاثر سببا محضا والمسبب انما يضمن اذا تعدى كحافر البئر وواضع الحجر وفعله فى أرضه مباح فلم يضمن قالوا هذا اذا سقى أرضه سقيا معتادا يحتمل عادة أما اذا سقى سقيا لا تحتمل أرضه فيضمن لانه أجرى الماء الى أرض جاره تقديرا والله أعلم بالصواب

(كتاب الاشربة)

واختار المصنف رحمه الله ماذكره فى الكتاب وقوله (أو مخرها) قال فى الصحاح مخرت الارض أى أرسلت الماء فيها وقوله (لانه غير متعد فيه) يلوح الى أنه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدى انما يكون اذا سقى أرضه سقيا يسقى مثله فى العادة وكان ذلك فى نوبته وقيل ان كان جاره تقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبارا بالحائط المائل والله تعالى أعلم

(كتاب الاشربة)

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبته لاحياء الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذ لا شبهة فى حسن تحريم ما يزيل العقل الذى هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك أجيب بان السكر حرام فى جميع

شرح الكنز هنالك وفى الكفاية هذا على رواية الاصل واختيار فخر الاسلام أنه يضمن انتهى كلام صاحب الكفاية ثم أقول فعلى هذا لا مناقضة فيه أصلا لابتناء الكلامين على الروايتين فاندفع اعتراض صاحب القيل (قوله لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب) أقول فلعلهم جوزوا بيعه فى صورة موت صاحبه مديونا استحسانا على خلاف القياس

(كتاب الاشربة) (قوله ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى) أقول العرق اللفظى ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوى لعله الارض فان كلا منهما يخرج منه اما بالواسطة أو بدونها (قوله ومن محاسنه بيان حرمتها الى قوله الى ذلك) أقول الضمير فى حرمتها راجع الى الاشربة وضمير باله الى ما فى قوله ما يزيل وأشار بقوله ذلك الى العقل والمعنى ما بال الشئ الذى يزيل العقل حل للامم

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلى) أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع

قال جمهور الشراح ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقصد بعض الفضلاء حل مرادهم بعرق واحد لفظا ومعنى فقال العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعله الارض فان كلا منهما يخرج منه اما بالواسطة أو بدونها اه أقول حل مرادهم بالعرق المعنوي ههنا على الارض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الاشربة منها بالواسطة تعسف جدا لا تقبله الفطرة السليمة والصواب أن مرادهم بالعرق المعنوي ههنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلا منهما مشتق من ذلك المصدر ولا بد في الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا أيضا كذلك وهذا معنى كونهما شعبتي عرق واحد لفظا ومعنى ويرشد اليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصلي والحروف الاصول اه ثم ان من محاسن ذكر الاشربة بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السابقة مع احتياجهم أيضا الى العقل أجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع في المحظور بان يدعو شرب القليل منها الى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت علينا ابتداء والداعي المذكور موجود أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك وأما التدريج الضاري لئلا ينفر من الاسلام كذا في العناية أقول في كل من وجهي الجواب الثاني نظر أما في وجهه الاول فلان الشهادة بالخيرية وان لم تكن في ابتداء الاسلام الا أن نفس خيرية هذه الامة كانت في الابتداء والانتهاء كما لا يخفى على أحد وهي كافية في الكرامة فلا يتم التقريب وأما في وجهه الثاني فلان نفرة الضاري بالخمر أي المعتاد بها من الاسلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها في أي وقت كان فانها اذا لم تحرم في ابتداء الاسلام كان الضاري بها على حاله في ابتداء الاسلام أيضا فاذا حرم بعد ذلك لزم أن ينفر عنه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد وأيضا احتمال كون الاعتياد بخبيث باعثا على التنفر عن الاسلام عند النهي عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهي عنها في ابتداء الاسلام مع انه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظهور شرف الاسلام فههنا أيضا ينبغي أن يكون كذلك فالوجه الوجيه في الجواب عن السؤال الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل هلا حرمت الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا أباحه الله تعالى في ابتداء الاسلام ليعتاد الفساد في الخمر حتى اذا حرم عليهم عرفوا منة الحق لديهم وليس الخبر كالمعاينة انتهى (قوله سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) يعني سمي هذا الكتاب بالاشربة أي أضيف اليها والحال أن الاشربة جمع شراب وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما أو حلالا وفي استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرا لما فيه أي في هذا الكتاب من بيان حكمها أي حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان

وهي جمع شراب وهو كل ما يشرب من المائعات وأريد بها في هذا الكتاب ما حرم منها وكان مسكرا وسمي هذا الكتاب بها لان فيه بيان أحكامها كما سمي كتاب البيوع والحدود لما فيه بيان أحكامها والاصول التي يتخذ منها الاشربة هي العنب والزبيب والتمر والحبوب كالحنطة والشعير والارز والدخن والفواكه كالاجاص والفرصاد والشهد والفانيذ والالبان أما العنب ما يتخذ منه خمسة الخمر والباذق والمنصف والمثلث والبختج والمتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ والمتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضيخ والنبيذ والمتخذ من الحبوب والفواكه وغيرهما شيء واحد حكما واختلف اسماء من البتع لنبيذ العسل والحقة لنبيذ الشعير والمزر لنبيذ الذرة (قوله اذا غلا واشتد) المراد بالاشتداد كونه صالحا للاسكار

الأديان وحرم شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع في المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتداء والداعي المذكور موجود أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك واما التدريج الضاري لئلا ينفر من الاسلام (وسمي هذا الكتاب بها) أي بالاشربة (وهي جمع شراب) اسم لما هو حرام منه عند أهل الشرع لما فيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخ) الاشربة المحرمة أربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد والمراد بالاشتداد صلاحيته للاسكار وكلامه

السالفة مع احتياج الامم السالفة الى العقل (قوله فان قيل هلا حرمت ابتداء) أقول يعني هلا حرمت لنا ابتداء (قوله أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك) أقول الشهادة وان تأخرت وجود الكنها عامة لاول هذه الامة وآخرها قال (المصنف سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) أقول أي بيان حكم أنواعها ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنون بها لان فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع أو لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه يبحث عن أفعال المكلفين فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان لا للافعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الافعال والتفصيل

أحدها في بيان مائيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق أهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية

حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع هذا زبدة ما ذكر ههنا في جملة الشروح والكافي مع نوع زيادة في حل الالفاظ قال بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها أي بيان حكم أنواعها وقال ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنون بها لان فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع أو لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه يبحث عن أفعال المكلفين فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان لا للافعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الافعال والتفصيل في كتب الاصول خصوصا التلويح في أوائل القسم الثاني الى هنا كلامه أقول ليس لتوجيهه الذي ذكره لاضافة الكتاب الى الاعيان معنى محصل لانه ان أراد أن الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان حقيقة لا للافعال فهو ممنوع اذ قد تقرر في كتب الاصول سيما في التلويح في أوائل القسم الثاني أن اضافة الحل والحرمة الى الاعيان كحرمة الميتة والخمر والامهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من باب اطلاق اسم المحل على الحال أو هو مبني على حذف المضاف أي حرم أكل الميتة وشرب الخمر ونكاح الامهات لدلالة العقل على الحذف والمقصود الاظهر على تعيين المحذوف وأما عند بعضهم وان كانت اضافة الحل والحرمة الى الاعيان حقيقة لوجهين مفصلين في محله الا أن كون اضافتهما الى الافعال حقيقة مما لم ينكره أحد قط بل من يقول بكون اضافتهما الى الاعيان حقيقة انما يقيس اضافتهما الى الاعيان على اضافتهما الى الافعال في كونها حقيقة ويستمد بذلك في توجيه مذهبه فلا مجال للقول بان الحرمة وصف للاعيان حقيقة لا للافعال على كلا المذهبين وان أراد أن الحرمة ههنا وصف للاعيان مجازا لا للافعال لا يتم قوله فلذلك عنون بالاعيان لان كون الحرمة وصفا للاعيان مجازا لا يقتضي أن يعنون الكتاب بالاعيان بل رعاية جانب الحقيقة في العنوان أولى وأحسن بلا ريب فكان الذي ينبغي أن يعنون بالفعل بان يقال كتاب شرب الاشربة حتى يراعى كون الفقه باحثا عن أفعال المكلفين بلا كلفة أن يقال ويعلم منه حال الافعال وبالجملة توجيهه المذكور ليس بتام على كل حال (قوله أحدها في بيان ماهيتها) وقع في بعض النسخ مائيتها بدل ماهيتها قال في غاية البيان المائية بمعنى الماهية وهي ما به الشيء هو هو كماهية الانسان وهي حيوان ناطق انتهى قلت وفي نسخة مائيتها ههنا ايهام لطيف لما في قوله وهي النيء من ماء العنب تبصر تقف (قوله ولنا انه اسم خاص باطباق أهل اللغة فيما ذكرناه) أقول للمانع أن يمنع اطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للنيء من ماء العنب اذا صار مسكرا ألا يرى أنه قال في قاموس اللغة الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام وقال والعموم أصح لانها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم الا البسر والتمر انتهى وهذا صريح في أن الخمر عند بعض أهل اللغة يعم ماء العنب وغيره وأن العموم أصح عند صاحب القاموس (قوله ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية) قال صاحب غاية البيان بيانه أن النيء المسكر من ماء العنب خمر قطعا ويقينا لثبوت ذلك بالاجماع فيترتب

(قوله ولانه مشتق من مخامرة العقل) مثل هذا يجوز كما ذكر في الوجه انه من المواجهة واليم من اليمم (قوله فيما ذكرناه) أي في النيء ولهذا اشتهر استعماله فيه أي لكونه خاصا فيه اشتهر استعماله فيه وفي غيره أي غير النيء غيره أي غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف (قوله ولان حرمة الخمر قطعية) يعني لا يصلح ان يصرف تحريمها الا الى عين ثبت الحرمة في تلك العين قطعا وغير النيء ليست بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه

واضح وقوله (وقال بعض الناس) قيل يريد به مالكا والشافعي رحمهما الله وقوله (فيما ذكرناه) اشارة الى النيء من ماء العنب وقوله (في غيره) أي واشتهر في غير النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف وقوله (ولان حرمة الخمر قطعية) يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء رحمهم الله وأدنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية

في كتب الاصول خصوصا التلويح في أوائل القسم الثاني (قال المصنف وهو النيء من ماء العنب) أقول ذكر الضمير الراجع الى الخمر باعتبار الخبر أو لان الخمر قد يذكر صرح به في القاموس (قال المصنف ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيره ظنية) أقول هذا التعليل ينبغي أن يكون لابي حنيفة والا فعندهما اذا اشتد ولم يقذف بالزبد هو خمر مع أنها ظنية لثبوت الاختلاف المورث للشبهة فينتقض تعليله لو علل به فليتأمل (قوله وأدنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية) أقول لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النيء ألا يرى أنهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالربا فان حرمته قطعية وحرمة بيع الحفنة بالحفنة متفاضلا مثلا ليست بقطعية

عليه الحرمة القطعية فاما سائر الاشربة ففي تسميتها خمرا شبهة لان فيها خلافا بين أهل العلم وأدنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثابتة قطعا على ما فيه شبهة لان بالشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى أقول في هذا البيان خلل فانه جعل فيه مدار كون الحرمة في غير النيء المسكر من ماء العنب ظنية اختلاف العلماء في تسمية ذلك خمرا وليس بسديد اذ المصنف بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف واثبات أن غير النيء المسكر من ماء العنب لا يسمى خمرا فلو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافهم في تسميته خمرا لزم المصادرة على المطلوب فكأنه قال الخمر هي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وغيره ليس بخمر كما زعمه بعض الناس لان حرمة الخمر قطعية وحرمة غير النيء من ماء العنب ظنية لانا خالفنا في كون غير ذلك خمرا وقلنا ان اسم الخمر مخصوص بالنيء من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك فاورث خلافنا في ذلك شبهة في كونه خمرا فلم تكن حرمته قطعية وفي هذا مصادرة كما ترى وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وأدنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني انتهى أقول وفيه أيضا خلل أما أولا فلما مر آنفا من استلزامه المصادرة على المطلوب فان الظاهر من قوله فان فيه اختلافا بين العلماء في مقابلة قوله وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف أن يكون مراده باختلاف العلماء في غير النيء من ماء العنب اختلافهم في كونه خمرا فيؤول الى ما ذكر في غاية البيان وأما ثانيا فلان قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني كلام غير صحيح لا ارتباط بما قبله لان مدلول ما قبله أن غير النيء من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه فاللازم منه أن تكون حرمته ظنية فان أراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير النيء من ماء العنب قطعية لم يكن التفريع صحيحا قطعا وان أراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها ظني اذ لا شك أن دليل حرمة الخمر قطعي كما أفصح عنه في صدر بيانه حيث قال يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي فالحق في شرح كلام المصنف ههنا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا يعني فلا يصح أن يصرف تحريمها الا الى عين تثبت الحرمة في تلك العين قطعا وغير النيء ليس بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه انتهى فانهما لم يريدا بالاجتهاد فيه الاجتهاد في تسميته خمرا حتى يلزم المصادرة على المطلوب بل أرادا به الاجتهاد في عدم حرمته كما أشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال في العصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه بعد بيان أنه حرام عندنا وقال الاوزاعي انه مباح وقال في نقيع التمر بعد بيان أنه حرام وقال شريك ابن عبد الله انه مباح وقال في نقيع الزبيب بعد بيان أنه حرام اذا اشتد وغلى ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي ثم ان بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل المذكور من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النيء ألا يرى أنهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالربا فان حرمته قطعية وحرمة بيع الحفنة بالحفنتين متفاضلا مثلا ليست بقطعية انتهى أقول ليس هذا بشيء لان عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير النيء من ماء العنب لا ينافي توجه الالزام عليهم بل بذلك يتوجه الالزام عليهم لان حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سيأتي في الكتاب أن الله سبحانه وتعالى سمى الخمر في كتابه الكريم رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة وما ثبت بهذه الادلة القطعية قطعي جزما فاذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النيء من ماء العنب تعين أن لا يكون غير النيء خمرا اذ لا شك أن قطعية الحرمة وعدم قطعيتها لا يجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الالزام في قولهم ان كل مسكر خمر وتنظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالربا الى آخره لا يجدي شيأ لان علة الربا عندنا الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان ففي بيع الحفنة بالحفنتين متفاضلا لا يوجد الربا عندنا لعدم وجود علته فلا يحرم ذلك البيع وأما عند الشافعي فيوجد فيه الربا لوجود علته فيحرم فتكون حرمة الربا قطعية بصير حجة على الشافعي هنالك أيضا المثل ما قلنا ههنا فلا فائدة في التنظير أصلا

وانما

ومايدل عليها ظني

(قوله وما يدل عليها ظني) أقول الواو للحال

وقوله (وانما سمي) يعني غير النيء (خمرا لتخمره) أي لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته العقل جواب عن قولهم تسمى خمرا لمخامرته العقل ولئن سلمنا انه مشتق منها لكن لا ينافي اختصاصه بالنيء من ماء العنب لجواز أن يكون المشتق مخصوصا فان النجم مشتق من

وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله

(قوله وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل) قال بعض الفضلاء ولك أن تقول هذا منع لا يضر اه أقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم أولا أن هذا منع بل يجوز أن يكون معارضة يعني انما سمي خمرا لتخمره أي لتشدده وقوته وهذا المعنى لم يوجد في غير النيء من ماء العنب فلم يكن غيره خمرا ويشير اليه تفسير تاج الشريعة وصاحب الكفاية ههنا حيث قالا أي لتشدده وقوته فان لها شدة وقوة ليست لغيرها حتى سميت أم الخبائث انتهى ولئن سلم أن ذلك منع لا معارضة فلا وجه لقوله لا يضر فان المقصود بهذا الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر فانه اذا منع قوله لانه مشتق من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليل الخصم علينا وهو عين الضرر له ثم ان صاحب العناية قال في شرح كلام المصنف هذا وقوله وانما سمي يعني غير النيء من ماء العنب خمرا لتخمره أي لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل انتهى أقول هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح أصلا اذ حينئذ لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المصنف فيما بعد على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه ولعمري ان هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح وكان لنا أن نحمل كلمة غير في قوله يعني غير النيء على السهو من قلم الناسخ الاول لولا قوله كالخمر في قوله أي لصيرورته مرا كالخمر فان التشبيه بالخمر يقتضي أن يكون المشبه غير الخمر وهو غير النيء من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام أن يقال يعني انما سمي النيء من ماء العنب خمرا لتخمره أي لتغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمرا لا لمخامرته العقل أي ليست التسمية لمخامرته العقل أي سترة العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير النيء من ماء العنب أيضا فيكون خمرا فحينئذ ينتظم الارتباط بالسباق واللحاق كما لا يخفى وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المصنف لتخمره أي لصيرورته خمرا أقول هذا تفسير خال عن التحصيل مؤد الى تعليل الشيء بنفسه كما يشهد به التأمل الصادق (قوله فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا اه وتبعه العيني أقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما لما صاحب الجنس الكوكب موضوعا له لظهوره ثم صار علما للثريا بلا وضع واضع معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد من أفراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ما تقرر في موضعه والظاهر أن مراد المصنف بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف أنه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لا أنه علم خاص لشخص معين من أفراد جنس الكوكب وهو الثريا الا ان معنى الظهور انما لوحظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعا

(قوله وانما سمي خمرا لتخمره) أي لتشدده وقوته فان لها قوة وشدة ليست لغيرها حتى سميت أم الخبائث لا لمخامرته العقل أي لا لسترة العقل (قوله على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه) يعني ما ذكرتم انه سمي به لمخامرته العقل فذا لا يدل على ان كل ما يخامر العقل يسمى خمرا فالفرس الذي يكون أحد شقيه أبيض والآخر اسود يسمى أبلق ولا يسمى الثوب الذي فيه لون السواد والبياض بهذا الاسم وكذا النجم سمي نجما لظهوره يقال نجم أي ظهر ثم لا يدل ذلك على ان كل ما يظهر يسمى نجما والقارورة تسمى بها لمعنى القرار وهذا الاسم لا يطلق على غيره وان كان المعنى موجودا فيه (قوله والحديث الاول طعن فيه يحيى بن

نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا وكالقارورة مشتق من القرار ولا يستعمل في الكوز وان وجد فيه القرار وأنظاره كثيرة وقوله (والحديث الاول) يريد به كل مسكر خمر روي عن يحيى ابن معين رحمه الله أنه قال الاحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها قوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى بن معين اماما حافظا متقنا حتى قال أحمد بن حنبل رحمه الله كل حديث

(قوله وانما سمي يعني غير النيء خمرا لتخمره الخ) أقول فيه بحث فانه حينئذ لا يرتبط الجواب للمجاب عنه لان تقرير كلامهم فيه كما كانت الخمر مشتقة من المخامرة فكل ما يوجد فيه معنى المخامرة فهو خمر لكن المقدم حق والتالي مثله فليتأمل (قال المصنف وانما سمي خمرا لتخمره) أقول ولك أن تقول هذا منع لا يضر (قال المصنف فان النجم مشتق من الظهور) أقول أي من النجوم الذي بمعنى الظهور

ففي كلامه مسامحة (قال المصنف والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين) أقول مع انه يمكن أن يجاب عنه بما أجيب به الحديث الثاني

والثانى أريد به بيان الحكم اذهو اللائق بمنصب الرسالة والثانى فى حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذى ذكره فى الكتاب قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به

جنس الكوكب لافى مرتبة كونه علما لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا فان كونه علما له انما كان بمجرد الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لالملاحظة معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة أعلام اتفاقية وهذا كله مما لاسترة به عند من له دراية بالعلوم الادبية وكان صاحب العناية انما اغتر بلفظ المعروف فى قول المصنف اسم خاص للنجم المعروف الا أن مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين مايوجد فيه معنى الظهور مطلقا وهو جنس الكوكب تأمل ترشد (قوله والثانى أريد به بيان الحكم) قال فى غاية البيان والعناية يعنى اذا أسكر كثيره كان حكمه فى الاسكار حكم الخمر فى الحرمة وثبوت الحد انتهى أقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم فى قوله والثانى أريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند اسكار كثيره وليس بتام لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش على ما تقرر فى موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور فى ذينك الشرحين لزم أن لايصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيرا بهما الى الكرمة والنخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحد عند اسكار الكثير يتحقق فى غير تينك الشجرتين أيضا فان نبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وان كان حلالا عند أبى حنيفة وأبى يوسف اذا لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غير لهو وطرب الا أنه اذا أسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به الحد على القول الاصح كما سيجىء فى الكتاب والحق أن المراد بالحكم الذى أريد بيانه بالحديث الثانى هو حرمة قليله وكثيره وهذا المعنى لايتحقق فى المتخذ من غير تينك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلاغبار وعبارة صاحب الكافى فى تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة فى حرمة القليل والكثير معا الا أنها باجمالها لاتنافيها بل تساعدها حيث قال والمراد بالثانى بيان الحكم وهو الحرمة لابيان الحقيقة واقتفى أثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية (قوله لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد) أقول فيه نظر لان قوله لان الاسم يثبت به مصادرة على المطلوب لان مدعاهما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولايسلمه أبو حنيفة رحمه الله بل يقول باشتراط القذف بالزبد فتعليل مدعاهما بثبوت هذا الاسم بالاشتداد تعليل الشئ بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معلولة وهذا ينافى ماصرح به فيما بعد من أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولاموقوف عليه وقد شرح الشارح الكاكى قول المصنف هذا بما هو أظهر فى المنافاة حيث قال وكذا المعنى المحرم وهو الاسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر فى الفساد أى الاسكار مؤثر فى ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى اهـ اذ لايخفى أن هذا انما يلائم قول من قال انها معلولة بالسكر كما ذكره المصنف فيما بعد بقوله ومن الناس من أنكر حرمة عينها

معين) فانه قال ثلاث أحاديث لم تصح روايتها عن النبى عليه السلام أحدها هذا وثانيها من مس ذكره فليتوضأ وثالثها كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهدا عدل (قوله والثانى) أى الحديث الثانى أريد به بيان الحكم وهو الحرمة لابيان الحقيقة لانه عليه السلام بعث لبيان الاحكام لا لبيان الحقائق (قوله وهذا الذى ذكره فى الكتاب قول أبى حنيفة رحمه الله) وهو ماذكر فى القدورى بقوله وهو عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد (قوله لان الاسم يثبت به) أى انما يثبت هذا الاسم لكونه مسكرا مخامرا للعقل وذا باعتبار صفة الاشتداد اذ هو المؤثر فى ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى باعتبار اللذة المطربة والقوة المسكرة فاما الغليان والقذف بالزبد فيرق ويصفو ولاتأثير لهما فى احداث صفة السكر وله ان القذف بالزبد والغليان من آثار الحلاوة ومادام شئ من الحلاوة باقيا كان العين الاصلى قائما فلايثبت اسم الخمر الا اذا سكن وقذف بالزبد وتميز الصافى من الكدر لان الاباحة كانت ثابتة للعصير بيقين فلايزول ذلك الا بيقين

لايعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله (والثانى) يريد به الخمر من هاتين الشجرتين (أريد به بيان الحكم) يعنى اذا أسكر كثيره كان حكمه فى الاسكار حكم الخمر فى الحرمة وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق

(قال المصنف وعندهما اذا اشتد) أقول يعنى ثبت الاسم به اذا اشتد والمراد الاسم الشرعى (قال المصنف لان الاسم يثبت به) أقول أى بالاشتداد لكن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يمنع هذه المقدمة ان كان المراد الاسم الشرعى وكيف لاوفيه المصادرة وان كان اللغوى يمنع الاستلزام أى استلزام ثبوت اللغوى ثبوت الشرعى

وكذا

وقوله (وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا) يعنى وفى الحد يؤخذ بقذف الزبد احتياطا أيضا وقوله (وهذا) أى انكار حرمة عينها (كفر) من المنكر وان كان قليلا لحرمة السكر منه (لانه جحود الكتاب) يعنى قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا

وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد ولابى حنيفة رحمه الله أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافى من الكدر وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولاموقوف عليه ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه تعالى سماه رجسا والرجس ماهو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبى عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه

وقال السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى فتامل (قوله ولابى حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافى من الكدر وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع) أقول لقائل أن يقول الكلام فى هذا الموضع فى حد ثبوت اسم الخمر لافى حد ترتب الاحكام الشرعية عليه فيجوز أن يثبت اسم الخمر فى بداية الشدة ويشترط ترتب الاحكام الشرعية عليه بكمالها فلايتم التقريب ويمكن أن يقال الكلام ههنا فى حد ثبوت اسم الخمر فى الشرع لافى حد ثبوته فى اللغة فقط فاذا ثبت اسمها الشرعى يلزم أن يترتب عليها الاحكام الشرعية بلاتراخ فيه فيتم التقريب تدبر (قوله والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر والاسكار فلايخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم اهـ أقول ليس هذا بشئ لان السكر لازم الاسكار ومطاوعه فلايفترقان فى التحقيق فالتعليل باحدهما يؤدى الى التعليل بالآخر ومجرد الفرق بينهما فى المفهوم لايجدى شيأ فقهيا ههنا كما لايخفى كيف ولاشك أن مراد المصنف بيان كون حرمتها لعينها غير معلولة بشئ ما أصلا لا أنها غير معلولة بالسكر ولكنها معلولة بشئ آخر كالاسكار لان ماذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجحود كتاب الله تعالى انما يترتب على ادعاء كونها معلولة بما ينافى كونها محرمة العين مطلقة الا على ادعاء كونها معلولة بالسكر فقط وانما قال غير معلول بالسكر لكون الواقع فى كلام المنكر هذه العبارة تبصر

مثله واحكام الخمر مقطوع بها كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع والنجاسة فيناط بالنهاية لما فى النقصان من شبهة العدم فلايصح اثباتها بالشبهة (قوله وأحكام الشرع قطعية) أى الاحكام الثابتة فى الخمر قطعية (قوله غير معلول بالسكر) أى عينها حرام لان يكون حراما لكونه مسكرا ولهذا لايتوقف على السكر بل قطرة منها حرام (قوله وهذا كفر منه) أى انكار حرمة عينها كفر من المنكر وان كان قائلا بحرمة السكر منه لانه جحود الكتاب قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان روى ان عمر رضى الله عنه قال لرسول الله عليه السلام الخمر مهلكة للمال مذهبة للعقل فادع الله تعالى ان يبينها لنا فجعل يقول اللهم بين لنا فى الخمر بيانا وافيا فنزل قوله تعالى يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس فامتنع منها بعض الناس وقال بعضهم بل نصيب من منافعها وندع المآثم فيها فقال عمر رضى الله عنه اللهم زدنا فى البيان فنزل قوله تعالى لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى فامتنع بعضهم وقالوا الاخير لنا فيما يمنعنا من الصلاة وقال بعضهم بل نصيب منها فى غير وقت الصلاة وقال عمر رضى الله عنه اللهم زدنا فى البيان فنزل قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب الى قوله تعالى فهل أنتم منتهون فقال عمر رضى الله عنه انتهينا ربنا فقد أكد تحريم الخمر بوجوه فانه صدر الجملة بالقمار وقرن بعبادة الاصنام ومنه قوله عليه السلام شارب الخمر كعابد الوثن وجعلها من عمل الشيطان ولايأتى منه الا الشر البحت وأمرنا بالاجتناب وجعل

انما الخمر والميسر الى قوله تعالى فهل أنتم منتهون وقد ذكرنا دلالته على ذلك فى الاشراق شرح مشارق الانوار على أحسن مايكون فليطلب منه ثمة وقوله (وقد جاءت السنة متواترة) معناه جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الخمر أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر وكل واحد منهما ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر كشجاعة على رضى الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله (وهذا من خواص الخمر) يعنى دعاء القليل الى الكثير قال فى المبسوط مامن طعام وشراب الا ولذته فى الابتداء ولايزيد على اللذة فى الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها

(قال المصنف ولابى حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد الخ) أقول فعلى هذا يكون تعريف الخمر بالنىء من ماء العنب اذا صار مسكرا تعريفا بالاعم عند أبى حنيفة ويقال المطلق ينصرف الى الكامل وكمال الاسكار بقذف الزبد فالمراد بالمسكر عنده هو الكامل فى الاسكار فيهم ذلك من تقريره ليله (قال المصنف والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) أقول فرق ما بين السكر والاسكار فلايخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم (قوله فقد ذكرنا دلالته على ذلك فى الاشراق شرح مشارق الانوار) أقول وفى شرح حديث ان الله حرم الخمر الخ

بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعى رحمه الله يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليله لتعدية الاسم والتعليل فى الاحكام لا فى الاسماء والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا والخامس أنه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعى والسادس سقوط تقومها فى حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذى حرم شربها حرم بيعها

تفهم (قوله والشافعى يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة) قال تاج الشريعة وهى ما روى ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب وقالوا ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل لان التعليل حينئذ يكون مخالفا للنص انتهى أقول لقائل أن يقول ان كان تعليلها وتعديتها الى غيرها منافيا لحرمة عينها يلزم من تعليلها وتعديتها الى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى أيضا فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين كما مر والسنة المتواترة واجماع الامة أيضا على ما مر من قبل وذلك يؤدى الى جحود تلك الادلة القطعية وحاشى للشافعى من ذلك وان لم يكن تعليلها وتعديتها الى غيرها منافيا لحرمة عينها بل كانت حرمة عينها ثابتة بتلك الادلة القطعية وحرمة عين غيرها ثابتة بتعدية حرمة عينها الى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بانه خلاف السنة المشهورة لان مدلول السنة المشهورة انما هو حرمة عين الخمر والغرض أن تعديتها الى غيرها لا ينافى حرمة عينها ثم أقول الحق عندى ههنا أن تعليلها بالاسكار ينافى حرمة عينها لان قليلها ليس بمسكر فيلزم أن لا يكون قليلها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار ويلزم منه أن لا يكون عينها حراما لكن الشافعى لم يقل بتعليلها بالاسكار وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالمخامرة ونحوها فالظاهر أنه لا ينافى حرمة عينها والشافعى انما قال بتعليلها بالمخامرة فعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى أوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر كما صرح به فى الكافى والشروح فمن أين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة (قوله والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا) أقول فيه شىء وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر آنفا انما هو حرمتها فان استلزمت حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فما معنى جعل كونها نجسة نجاسة غليظة موضعا رابعا مبحوثا عنه بالاصالة وان لم تستلزمه فما معنى الحوالة على تلك الدلائل المارة نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فانه سماها رجسا والرجس هو القذر على ما نص عليه فى عامة كتب اللغة الا أنه يبقى الكلام فى صيغة الجمع فى قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافى حيث قال وهى نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لانها سميت رجسا بالنص القطعى انتهى (قوله والسادس سقوط تقومها فى حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها) أقول لقائل أن

الاجتناب من الفلاح واذا كان الاجتناب فلاحا كان الارتكاب خيبة وخسارا وقوله فهل أنتم منتهون من آكد ما ينتهى به كانه قال قد تلى عليكم من أنواع الصوارف والموانع وهو وقوع التعادى والتباغض والصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فهل أنتم منتهون مع هذه الصوارف أم أنتم على ما كنتم عليه كان لم توعظوا ولم تزجروا (قوله ثم هو غير معلول) أى النص الوارد فى الخمر غير معلول عندنا والشافعى رحمه الله جعل الحرمة الثابتة فى الخمر معلولة بالمخامرة فعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى أوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر وهذا بعيد لانه خلاف للسنة المشهورة قال عليه السلام حرمة الخمر بعينها وتعليل لتعدية الاسم فانه يثبت اسم الخمر لسائر الاشربة بمعنى المخامرة ثم يثبت حكم الخمر فى سائر الاشربة فهذا تعليل لتعدية الاسم وتعليل لتعدية الاحكام لا الاسماء لان وضع اللغة ليس بقياس وانه توقيفى (قوله انها نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم) لانها سميت رجسا بالنص القطعى (قوله والتقوم يشعر بعزتها) يعنى قولنا ان

وقوله (لانه خلاف السنة المشهورة) يعنى ما روى ابن عباس رضى الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها الى غيرها وقوله (حتى لا يضمن متلفها) لا يدل على اباحة اتلافها وقد اختلفوا فيها فقيل يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شريب خيف عليه الشرب وأما اذا كانت عند صالح فلا يباح لانه يخللها

(قال المصنف والشافعى يعديه اليها) أقول أنث الضمير الراجع الى سائر لاكتسابه التأنيث من المضاف اليه (قال المصنف والتعليل فى الاحكام لا فى الاسماء) أقول فان قيل الشافعى أيضا يعدى الحكم كما اعترف به المصنف آنفا فما وجه هذا الكلام قلنا انما يعدى الحكم بواسطة تعدية الاسماء فليتأمل

واكل

وأكل ثمنها واختلفوا فى سقوط ماليتها والاصح أنه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان يأخذه ولا للمديون أن يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب فى يده أو أمانة على حسب ما اختلفوا فيه كما فى بيع الميتة ولو كان الدين على ذمى فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفى الانتفاع به اقتراب والثامن أن يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا أن حكم القتل قد انتسخ فبقى الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضى الله عنهم وتقديره ذكرناه فى الحدود والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل فى النىء خاصة لما ذكرنا وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعى وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام فى الخمر وأما العصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعى انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب

يقول هذا التعليل ينتقض بالسرقين فانه نجس العين مع أنه مال متقوم يجوز بيعه عندنا كما مر فى فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعى لا يجوز بيع السرقين أيضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لانه يلقى فى الاراضى لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة انتهى فتأمل (قوله والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام) أقول انتقاض هذا التعليل بالسرقين أظهر مما مر آنفا فتدبر (قوله وأما العصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق) قال فى القاموس الباذق بكسر الذال وفتحها ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فصار شديدا وقال فى المغرب الباذق من عصير العنب ما طبخ أدنى طبخة فصار شديدا وقال فى الفائق هو تعريب باذه وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما فى المغرب وما فى الفائق ولم يتكلم على شىء منهما بشىء أقول فيما ذكر فى الفائق نظر لان الخمر على ما مر هى النىء من ماء العنب اذا صار مسكرا والمطبوخ ليس بنىء قطعا والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فليس بخمر لا محالة ولهذا قال المصنف وأما العصير اذا طبخ فى مقابلة قوله وأما الخمر فكيف يتصور أن يكون الباذق تعريب باذه بمعنى الخمر اللهم الا أن يكون ما ذكر فى الفائق مبنيا على ما قاله بعض الناس من أن الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من كونها اسما خاصا للنىء من ماء العنب اذا أسكر (قوله والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ) قال فى غاية البيان قوله والمنصف يجوز أن يكون بالنصب وهو الاوجه عطفا على قوله الباذق أى يسمى العصير الذاهب أقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف أيضا والدليل على هذا أن أبا الليث فسر فى شرح الجامع الصغير الذاهب أقل من ثلثيه بالمنصف وأيضا انه قد حصر الاشربة المحرمة على أربعة وهى الخمر والعصير الذاهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان المنصف غير الباذق

الشىء متقوم انه مما يجب ابقاؤه اما بعينه أو بماليته وهى القيمة القائمة مقامه فيكون ذلك اشعارا بعزته (قوله وهو غصب) لانه أخذ بغير اذن الشرع أو أمانة لانه أخذ برضا صاحبه (قوله على حسب ما اختلفوا فيه) كما فى بيع الميتة وقد مر ذلك فى البيوع (قوله والسابع حرمة الانتفاع بها) كسقى الدواب والتداوى بها بالاحتقان والاقطار فى الاحليل كذا فى الاوضح (قوله الا أن حكم القتل قد انتسخ) أى بقوله عليه السلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث (قوله ما لم يسكر منه على ما قالوا) قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله يحد من شرب منه قليلا كان أو كثيرا (قوله لما ذكرنا وهو ما ذكر) أى قليله يدعو الى كثيره (قوله على الاختلاف) أى اذا غلى

وقوله (والسابع حرمة الانتفاع بها) يريد التداوى بالاحتقان وسقى الدواب والاقطار فى الاحليل وقوله (الا أن حكم القتل قد انتسخ) يعنى بقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث الحديث وقوله (على ما قالوا) قال شيخ الاسلام خواهرزاده رحمه الله لم يذكر محمد أنه اذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال ويجب أن لا يجب عليه الحد لانه ليس بخمر لغة فان الخمر لغة هو النىء من ماء العنب وهذا ليس بنىء وقوله (والمنصف) قيل يجوز أن يكون منصوبا عطفا على قوله الباذق أى يسمى العصير الذاهب أقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف أيضا لانه قال الاشربة المحرمة أربعة وهى الخمر والعصير الذاهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان الباذق غير المنصف لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز أن يكون مرفوعا لانه نوع من الذاهب أقل من ثلثيه لانه أعم من أن يكون منصفا أو غيره والاول أوجه معنى وهذا أوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال أيضا

(قوله لكانت الاشربة المحرمة خمسة) أقول كيف تكون خمسة وكل منهما من أقسام المسمى بالطلاء (قوله لانه أعم من أن يكون منصفا أو غيره) أقول فيندفع لزوم كونها خمسة (قوله لانه لو كان منصوبا لقال أيضا) أقول فيه بحث فان المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا

وليس بخمر ولنا أنه رقيق، لذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر أي الرطب

الذي هو المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز أن يكون المنصف بالرفع لانه نوع من الذاهب أقل من الثلثين لانه أعم من أن يكون منصفا أو غيره ولهذا جعل شيخ الاسلام خواهر زاده الباذق قسما والمنصف قسما انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان والاول أوجه معنى وهذا أوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال أيضا انتهى أقول لعل الاول لا وجه له أصلا فضلا عن أن يكون أوجه فانه يصير معنى كلام المصنف على ذلك التقدير العصير الذي طبخ أدنى طبخة يسمى باسمين أحدهما الباذق والآخر المنصف وهذا يقتضي أن يكون الباذق والمنصف متحدين في المعنى وهو العصير المطبوخ أدنى طبخة مع أن تحرير المصنف ينافي ذلك أما أولا فلانه فسر المنصف بقوله وهو ما ذهب نصفه بالطبخ ولا يخفى أن هذا أخص من العصير المطبوخ أدنى طبخة لتناوله لذلك ما ذهب أقل من نصفه بالطبخ فكيف يتصور الاتحاد في المعنى وأما ثانيا فلانه قال فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد الخ ولا يخفى أن لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق أن قول المصنف والمنصف مرفوع لا غير فهو معطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ أدنى طبخة والمعنى أن العصير المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه على قسمين أحدهما المطبوخ أدنى طبخة المسمى بالباذق والآخر المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل واحد منهما حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وأما حديث ان المنصف لو كان غير الباذق لكانت الاشربة المحرمة خمسة وقد حصر وها في الاربعة فعلى طرف التمام لان الاربعة التي حصروا الاشربة المحرمة فيها انما هي أصول الاشربة المحرمة وأقسامها الاولية والباذق والمنصف ليسا كذلك بل انما هما قسمان من أحد تلك الاصول والاقسام الاولية وهو الطلاء العام للباذق والمنصف ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية وهذا أوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال أيضا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا انتهى أقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف انما يتصور على تقدير أن يكون قوله والمنصف مرفوعا وأما على تقدير أن يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى بأحدهما غير المسمى بالآخر بل مقتضى معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دراية بقواعد العربية ثم أقول يمكن أن يناقش في قول صاحب العناية لانه لو كان منصوبا لقال أيضا بوجه آخر وهو أن الواو العاطفة في قوله والمنصف على تقدير أن يكون منصوبا معطوفا على الباذق تغني غناء كلمة أيضا فلا نسلم أنه لو كان منصوبا لقال أيضا (قوله وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر أي الرطب) قال صاحب الغاية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا نقع في الماء يسمى نقيعا فلا حاجة الى أن ينقع الرطب لا محالة حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا أن يقول في نقيع الزبيب أي نقيع العنب وليس بقوي انتهى وقال جمهور الشراح دفعا لذلك النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجيء انتهى أقول فيما قاله جمهور الشراح أيضا نظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ أدنى طبخة كما صرح به في عامة المعتبرات وسيجيء في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لهو وطرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام اه والذي ذكر ههنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما أفصح عنه بقوله وهو النيء

واشتد وقذف بالزبد عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد (قوله وهو النيء من ماء التمر أي الرطب) وانما

فهو

وقوله (وهو النيء من ماء التمر أي الرطب) انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر

(قوله انما فسر التمر بالرطب الخ) أقول رد على الاتقاني وفيه نظر

لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجيء قوله (فهو حرام مكروه) أردف الحرام بالكراهة اشارة الى أن حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر وقوله (ويدل عليه ما روينا من قبل) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة وقوله (والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة) لانها مكية وحرم الخمر بالمدينة وهذا على تقدير أن يكون المراد بالآية الامتنان كما قال الخصم وقيل أراد به التوبيخ ومعناه أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا وقوله (وقد بينا المعنى من قبل) يريد به قوله ولنا أنه رقيق ملذ مطرب الخ (وقوله غير أن عنده) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله (يجب قيمتها لا مثلها) كما اذا أتلف المسلم خمر الذمي على ما عرف

فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما روينا من قبل والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل أراد به التوبيخ معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا وأما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلى ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا أن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في أخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبي حنيفة خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها

من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك أنه ليس بحلال عند أئمتنا أصلا فلا حاجة الى تفسير التمر بالرطب (قوله فهو حرام مكروه) قال عامة الشراح أردف الحرام بالكراهة اشارة الى أن حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلانه لو كان مقصود المصنف بارداف الحرام بالمكروه الاشارة الى ما ذكروه لاردفه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلاثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر ولو اكتفى بارادفه بذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر أحق بذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلان المصنف سيصرح بان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر فلا حاجة الى الاشارة الى ذلك ههنا (قوله وقيل أراد به التوبيخ معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا) قال الشراح أي أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتتركون رزقا حسنا أقول فيه اشكال لانهم صرحوا عند شرح قول المصنف والآية محمولة على الابتداء بان الآية مكية وتحريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصور أن يكون معنى الآية قبل تحريم الخمر تتخذون منه سكرا حراما والخمر وقتئذ مما لم يوصف بالحرمة فاين السكر الحرام فليتأمل (قوله الا أن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية) أقول لقائل أن يقول من هذه الاشربة نقيع التمر وهو السكر وقد قال في اثبات حرمته ولنا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد تقرر في علم الاصول أن اجماع الامة سيما اجماع الصحابة دليل قطعي يكفر جاحده فكيف يتم القول ههنا بان حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحلها لكون حرمتها اجتهادية لا قطعية ويمكن أن يجاب عنه بان نقل الاجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك الاجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله الينا كما تقرر هذا أيضا في علم الاصول فيجوز أن يكون الاجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القبيل ويكون هذا باعثا على وقوع الاجتهاد في خلافه (قوله لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر) أقول فيه نظر أما أولا فلانهم صرحوا بان معنى تقوم المال اباحة الانتفاع به شرعا وسيجيء

فسر التمر أي بالرطب لما أن الشراب المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وفيه خلاف الاوزاعي رحمه الله وفي السكر خلاف شريك بن عبد الله (قوله ويدل عليه ما روينا من قبل) أراد به قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين (قوله وقيل أراد به التوبيخ) أي لم يرد الامتنان وأراد التوبيخ معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا أي تتركون وفي بعض الفوائد وتدعونه رزقا حسنا أي تسمونه وفي الآية اضمار والاوجه أن يقال معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا على زعمكم ولا اضمار فيه (قوله وقد بينا المعنى من قبل) وهو قوله ولنا انه رقيق ملذ مطرب (قوله خلافا لهما) أي في البيع والضمان (قوله لا مثلها

(قوله لا السكر وهو حلال الخ) أقول في المغرب السكر بفتحتين عصير الرطب اذا اشتد وفي الطلبة السكر بفتح السين والكاف هو النيء من ماء التمر وقال في ديوان الادب هو خمر التمر انتهى فالتمر بمعنى الرطب فيه أيضا (قال المصنف ويجوز بيعها ويضمن متلفها الخ) أقول المراد بالجواز ما يترتب عليه الثمرات المطلوبة لا ما يقابل الحرمة (قال المصنف وما شهدت له دلالة قطعية) أقول فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها) أقول لا يقال ينبغي أن يجب المثل بدليل جواز البيع لانا نقول البيع يجوز مع الكراهة فلو أوجبنا المثل لكان مأمورا باتيان فعل مكروه وهو تسليم الحرام وهذا لا يجوز ومع ذلك لو أدى المثل يخرج عن العهدة أيضا تأمل قال العلامة الكاكي ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام فلا يكون مأمورا باعطاء المثل حتى لو أعطى يخرج عن العهدة الا أنه مكروه اه وفيه بحث الا أن

على ماعرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين (وقال في الجامع الصغير وماسوى ذلك من الاشربة فلا بأس به) قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد أنه حرام و يحد شاربه و يقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة (وقال فيه أيضا وكان أبو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعدما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فاني أكرهه ثم رجع الى قول أبي حنيفة) وقوله الاول مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا أنه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي و يشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه أن بقاءه هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما

التصريح عن قريب بان هذه الاشربة مما لا ينتفع بها بوجه من الوجوه فكيف يتصور التقوم فيها وأما ثانيا فلان الدلالة القطعية انما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل ألا ترى أن خبر الواحد من السنة يوجب العمل ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر في علم الاصول وما نحن فيه من العمليات فينبغي أن يكتفي فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به في الحكم بحرمة هذه الاشربة اذهي أيضا اجتهادية لا قطعية كما صرح به آنفا (قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة) أقول في التعليل بحث اذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به ألا يرى أن السرقين نجس العين محرم التناول قطعا مع أنه مما ينتفع به حيث يلقى في الاراضي لاستكثار الريع ولهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به وقدمر ههنا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين) أقول لا يذهب عليك أن حق هذه الرواية أن تذكر قبل قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها من شعب جواز بيع هذه الاشربة وقوله ولا ينتفع بها الى آخره مسئلة مستقلة دخلت في البين كما ترى

على ماعرف) أي ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام فلا يكون مأمورا باعطاء المثل (قوله وقال في الجامع الصغير وماسوى ذلك من الاشربة) أي ماسوى الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لانه قال في الجامع الصغير وماسوى ذلك من بعدما ذكر هذه الانبذة (قوله ومن ذهب عقله) أي بمنزلة من ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وروي عن أبي حنيفة رحمه الله وسفيان الثوري رحمه الله انه اذا علم حين شرب أنه بنج ينفذ تصرفه وان زال عقله وان لم يعلم لا ينفذ كذا في الاوضح (قوله وعن محمد رحمه الله انه حرام) أي ماسوى ذلك من الانبذة كالمتخذ من الحنطة والشعير وأمثاله و يحد شاربه والشيخ الحسرواني رحمه الله ذكر في الفتاوى ان الفتوى على قول محمد رحمه الله كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله (قوله وقال فيه) أي في الجامع الصغير أيضا وكان أبو يوسف رحمه الله يقول ما كان من الاشربة يبقى بعدما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فاني أكرهه ثم رجع الى قول أبي حنيفة رحمه الله وقوله الاول مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام الا أنه تفرد بهذا الشرط فالحاصل ان أبا يوسف رحمه الله كان يقول أولا مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام لكنه وحده شرط أن لا يفسد بعدما يبلغ عشرة أيام فههنا مسئلتان احداهما ان كل مسكر حرام عند محمد وأبي يوسف رحمهما الله أولا ثم رجع الى قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني ان الاشربة نحو السكر ونقيع الزبيب اذا غلى واشتد حرام عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله كذلك ولكن بشرط ان يبقى بعد عشرة أيام ولا يفسد أي لا يحمض ثم رجع الى قولهما (قوله ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنه) وهو ما قال كل نبيذ يفسد عند ابانه فلا بأس به وكل نبيذ يزداد جودة على طول الترك فلا خير فيه أراد به النيء من ماء الزبيب والتمر أنه مادام حلوا ولم يصر معتقا فهو بحيث يفسد عند ابانه فلا بأس بشربه واذا صار معتقا بان غلى واشتد وقذف

أن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام وأورد رواية الجامع الصغير وهي قوله ماسوى ذلك من الاشربة أي ماسوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لبيان أن العموم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد في غيره وقوله (وقال فيه) يعني في الجامع الصغير

يؤول يجب بمعنى ينبغي (قوله ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام) أقول فينبغي أن لا يجوز بيعها لكن المراد بالجواز في قوله ويجوز بيعها ليس ما يقابل الحرمة بل ترتب الثمرات المطلوبة كما في البيع المكروه (قوله لبيان أن العموم المذكور الخ) أقول تعليل لقوله وأورد رواية الجامع الصغير الخ

وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وأبو يوسف رجع الى قول أبي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط أيضا (وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى قال (ولا بأس بالخليطين) لما روي عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدي الى منزلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال مازدناك على عجوة و زبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وماروي أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال (ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف

(قوله ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدي الى أهلي فغدوت اليه من الغد وأخبرته بذلك فقال مازدناك على عجوة و زبيب) وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به انه كان يسقي غيره مالا يشربه أو يشرب ما كان حراما كذا في الكافي والشروح أقول ههنا كلام من وجهين أحدهما أن تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه ولم تكن الحادثة مما لا يدرك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الاصول والظاهر أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح أن يكون فعل ابن عمر أو قوله في الرواية المزبورة دليلا على حل الخليطين وثانيهما أن قول ابن زياد ما كدت أهتدي الى أهلي يشعر باسكار الشربة التي سقاه ابن عمر اياها والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن أن يجاب عن الثاني بوجهين أحدهما ما أشار اليه تاج الشريعة بقوله وانما قال ما كدت أهتدي الى أهلي على سبيل المبالغة في بيان التأثير فيه لا حقيقة السكر فان ذلك لا يحل انتهى وثانيهما أن وجه الاستدلال مجرد أن يسقي ابن عمر ابن زياد تلك الشربة فانها لو كانت حراما لما أقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على أن يسقيه اياها وأما تأثيرها في الشارب بعد أن شربها بحيث يصل الى مرتبة الاسكار فليس له حد مقدر اذ هو مختلف باختلاف الطباع والاوقات وللشارب أن يحترز عنه مهما أمكن فان وصل الى تلك المرتبة في الرواية المذكورة فانما هو في

بالزبد فهو يزداد جودة على طول الترك فلا خير فيه وبه كان يقول أبو يوسف رحمه الله في الابتداء في المطبوخ من ماء الزبيب والتمر انه اذا صار معتقا لا يحل شربه وان كان بحيث يفسد اذا ترك عشرة أيام فلا بأس بشربه ثم رجع الى قول أبي حنيفة رحمه الله (قوله وأبو حنيفة رحمه الله يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه) وهو الغليان والشدة والقذف بالزبد فيما يحرم أصل شربه وهو الخمر وفيما يحرم السكر منه وهو نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة يعني كما ان الخمر لا يثبت الا وان يثبت على هذا الحد من الغليان والاشتداد والقذف بالزبد كذلك لا يثبت كون السكر من هذين الشرابين حراما الا بثبوت هذا الحد فيهما وهو الغليان والاشتداد والقذف بالزبد (قوله ولا بأس بالخليطين) وهو ان يجمع بين ماء التمر وماء الزبيب ويطبخ أدنى طبخة و يترك الى أن يغلي و يشتد كذا في الاوضح (قوله سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت اهتدي الى أهلي) وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به أنه كان يسقي غيره مالا يشربه أو يشرب ما كان حراما وهذا يفيد ان المتخذ من العجوة والزبيب حلال وان اشتد وصار مسكرا الان الذي سقاه كان مسكرا ألا ترى الى قوله ما كدت اهتدي الى أهلي و كان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه (قوله محمول على حالة الشدة) أي على العسرة والقحط حيث كره للاغنياء الجمع بين النعمتين بل المستحب أن يأكل أحدهما ويؤثر بالآخر على جاره حتى لا يشبع هو وجاره جائع وماروينا من الاباحة محمول على حالة

قال (ولا بأس بالخليطين) الخليطان ماء التمر والزبيب اذا اختلطا فطبخا بعد ذلك أدنى طبخة و يترك الى أن يغلي ويشتد والعجوة التمر الذي يغيب فيه الضرس لجودته وقوله (محمول على الشدة وكان ذلك في الابتداء) يعني أن النهي عن الجمع بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت كان بين المسلمين ضيق وشدة في أمر الطعام لئلا يجمع بين الطعامين و يترك جاره جائعا بل يأكل أحدهما و يؤثر بالآخر على جاره ثم لما وسع الله على عباده النعم أباح الجمع بين النعمتين

رحمهما الله اذا كان من غيراهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لايشترط وهو المذكور فى الكتاب لان قليله لايدعو الى كثيره كيفما كان وهل يحد فى المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لايحد وقدذكرنا لوجه من قبل قالوا والاصح أنه يحد فانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة أنه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه فى زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من

الغفلة والعهدة فى ذلك على الشارب لا الساقى تامل تفهم (قوله وقيل لايشترط وهو المذكور فى الكتاب لان قليله لايدعو الى كثيره كيفما كان) أقول هذا التعليل منظور فيه لان مجرد أن لايدعو قليله الى كثيره لا يقتضى أن لايشترط الطبخ فيه لاباحته ألا ترى أن نبيذ التمر والزبيب مما يشترط الطبخ فيه لاباحته بلا اختلاف مع أن قليل ذلك أيضا لايدعو الى كثيره كيفما كان فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر والاظهر فى التعليل ههنا ماذكر فى غاية البيان حيث قال فيها وفى رواية لايشترط لان حال هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو أصل للخمر شرعا فان أصل الخمر شرعا التمر والعنب على ماقال النبى صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط أدنى طبخة فى نقيع الزبيب والتمر فيجب أن لايشترط أدنى طبخة فى هذه الاشربة ليظهر نقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى، (قوله وهل يحد فى المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لايحد) أقول قد مرت هذه المسئلة مرة أثناء بيان مسئلة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال وهو نص على أن مايتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبى حنيفة ولايحد شاربه عنده وان سكر فالتعرض لها مرة أخرى يشبه التكرار فلعل المقصود بالذات ههنا ذكر قوله قالوا والاصح أنه يحد وماقبله توطئة له نعم يتجه أن يقال لوذكر أيضا هنالك قوله قالوا والاصح أنه يحد لاستغنى عن الاعادة ههنا بالكلية (قوله وقدذكرنا الوجه من قبل) قال صاحب الغاية هو اشارة الى قوله لان قليله لايدعو الى كثيره وقال ويجوز أن يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعنى أن هذه الاشربة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر فلاجرم لايحد السكران منها انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وقدذكرنا الوجه من قبل الاشارة الى ماذكر أن السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك انتهى واختار صاحب العناية ماذكره صاحب الغاية أولا ونقل ماذكره ثانيا بقيل ثم نقل ماذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل أقول يرد على الوجه الاول أن عدم دعاء القليل الى الكثير جار فيما سوى الخمر من الاشربة المحرمة فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المصنف فيما مر حيث قال ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع أنه اذا سكر مما سوى الخمر من الاشربة المحرمة يحد بلاخلاف فعلم أنه لاتأثير لعدم دعاء القليل الى الكثير فى سقوط الحد عن السكران ويرد على الوجه الثانى أنه لو كان مراد المصنف مايستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين لقال لماروينا كما هو عادته المستمرة فى الحوالة على مامر من السنة ثم ان فى كون ذلك المعنى مستفادا من الحديث المذكور خفاء جدا فضلا عن أن يكون مذكورا هنالك فانى يتيسر الاشارة اليه ههنا بقوله وقدذكرنا الوجه من قبل فالاوجه هو الوجه الثالث وان أخره صاحب العناية فى الذكر كما لايخفى على من تامل فى سياق كلام المصنف وراجع كلمات السلف كشيخ الاسلام وغيره فى هذه المسئلة (قوله قالوا والاصح أنه يحد فانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة أنه يحد من غير تفصيل) أقول تحرير المصنف ههنا

السعة بين الناس حيث أباح الجمع بين النعمتين هكذا روى عن ابراهيم النخعى رحمه الله كذا فى مبسوط شيخ الاسلام (قوله خص التحريم بهما) والمراد بيان الحكم وهو حرمة مايتخذ من ثمرهما فيكون ماوراءهما مباحا بالنصوص العامة (قوله وقدذكرنا الوجه من قبل) اشارة الى ماذكر أن السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وهذا لان النص ورد بالحد فى الخمر وهذا ليس فى معناه فلو وجب الحد فيه لكان

وقوله (قيل لايحد) هو قول الفقيه أبى جعفر رحمه الله وقوله (وقدذكرنا الوجه من قبل) اشارة الى قوله لان قليله لايدعو الى كثيره قيل ويجوز أن يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعنى أن هذه الانبذة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر وقيل هو اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وباقى كلامه واضح

(قوله وقيل هو اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك) أقول وعندى الثالث أقرب والاول أبعد أما لفظا فلمكان قوله من قبل وأما معنى فان عليه وجوب الحد على السكران ليس دعاء القليل الى الكثير

الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لايحل عند أبى حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح أنه يحل لان كراهة لحمه لمافى اباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال (وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه حلال وان اشتد) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ومالك والشافعى حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوى أما اذا قصد به التلهى لايحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه أنه كره ذلك وعنه أنه توقف فيه لهم فى اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ماأسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ماأسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى

لايخلو عن ركاكة اذ الظاهر أن مراده بقوله وهل يحد فى المتخذ من الحبوب اذا سكر أنه هل يحد فى ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف لان المذكور فيما قبل انما هو قولهما والمصنف الآن بصدد التفريع على ذلك وتكميله فيستدعى هذا أن يكون مدار قوله قيل لايحد وقوله قالوا والاصح أنه يحد على قولهما فلايناسب فى تعليل قوله والاصح أنه يحد أن يقال فانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة أنه يحد من غير تفصيل فان محمدا يخالفهما فى أصل هذه المسئلة حيث لايقول بحل المتخذ من الحبوب اذا اشتد وغلى فيجوز أن يقول بوجوب الحد اذا سكر منه وأماهما فيه ولان يحل ذلك كما تقدم آنفا فلايكون المروى عن محمد حجة فى حقهما وعن هذا ترك صاحب الكافى هذا التعليل واكتفى بماذكره المصنف بعده بقوله وهذا لان الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال وذكر فى الهداية ومبسوط شيخ الاسلام الاسبيجابى الاصح أنه يحد لان الفساق يجتمعون فى زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الاشربة انتهى (قوله وعنه أنه كره ذلك) أقول فيه ضرب اشكال وهو أنه قد مر فى أول كتاب الكراهية ان كل مكروه حرام عند محمد رحمه الله وقوله هنا وعنه أنه كره ذلك بعد أن صرح فيما قبل بانه حرام عند محمد ومالك والشافعى يقتضى المغايرة بين قول محمد بحرمته وبين قوله بكراهته فينافى ماتقرر فى أوائل الكراهية فان قلت نعم ان كل مكروه حرام عند محمد ولكن بحرمة ظنية لابحرمة قطعية فانه اذا لم يجد نصا قاطعا فى حرمة شئ لم يطلق عليه لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر أيضا هنالك فيجوز أن يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهة عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة فى احداهما وظنيتها فى الاخرى فلا تنافى بين المقامين قلت لامجال للقول بقطعية حرمة المثلث العنبى عند كون اجتهاد أبى حنيفة وأبى يوسف فى حله لان قطعية حرمة الشئ تستلزم أن يكفر مستحلها وهذا لايتصور فيما وقع فيه اجتهاد ما فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الاشربة الثلاثة المحرمة عند أئمتنا أجمع وعند عامة العلماء أن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لايكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل فى الكتاب مع أن اجتهاد الاباحة فيها انما وقع من نحو الاوزاعى وشريك وسائر أصحاب الظواهر فتحقق أن الحرمة المروية عن محمد فى حق المثلث العنبى انما هى الحرمة الاجتهادية التى مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغايرة بينها وبين الكراهة على أصل محمد ويمكن أن يقال معنى قولهم ان كل مكروه حرام عند محمد أن كل مكروه كراهة التحريم حرام عند محمد لكن لابدليل قطعى بل بدليل ظنى خلافا لابى حنيفة وأبى يوسف فان المكروه كراهة التحريم ليس بحرام أصلا عندهما بل الى الحرام أقرب وأما المكروه كراهة التنزيه فليس بحرام ولا الى الحرام أقرب عند أحد وهذا كله يظهر بمراجعة كتب الاصول فيجوز أن يكون المراد بالكراهة فى قول المصنف ههنا وعنه أنه كره ذلك هو الكراهة التنزيهية وهى مغايرة للحرمة على قول الكل فيندفع التنافى بين المقامين تامل (قوله ولهما قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها ويروى

بطريق القياس وذا لايجوز ولان الحد شرع للزجر عن ارتكاب سيئة ودعاء الطبع الى هذه الاشربة لا يكون كدعاء الطبع الى المتخذ من الزبيب والعنب والتمر فلا يشرع فيه الزجر كذا فى المبسوط

وقوله (وعن محمد رحمه الله مثل قولهما) أى مثل قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله مذكور فى النوادر ولنا أى لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد وفى بعض النسخ ولهما أى لابى حنيفة وابى يوسف

بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم فى غير الخمر اذا لعطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا

بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب) قال فى النهاية ولهما أيضا قوله تعالى انما الخمر والميسر الآية بين الله تعالى الحكمة فى تحريم الخمر فى هذه الآية وهى الصد عن ذكر الله تعالى وايراث العداوة والبغضاء وهذه المعانى لا تحصل بشرب القليل ولو خلينا وظاهر الآية لقلنا لا يحرم القليل من الخمر أيضا ولكن تركنا قضية ظاهر الآية فى قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع فيما عداه فبقى على ظاهر الآية انتهى أقول ينتقض هذا الاستدلال بما عدا الخمر من الاشربة المحرمة الثلاثة فان قليلها أيضا حرام عند أئمتنا قاطبة وعند مالك والشافعى وأكثر العلماء مع أن المعانى المذكورة فى الآية المزبورة لا تحصل بشرب قليلها كما لا يخفى (قوله خص السكر بالتحريم فى غير الخمر اذ العطف للمغايرة) أقول الظاهر أن مراده بقوله خص السكر بالتحريم فى غير الخمر قصر التحريم على السكر فى غير الخمر على أن تكون الباء داخلة على المقصور كما فى قولهم خصصت فلانا بالذكر على ما تقرر فى موضعه اذ هو المفيد لمدعاهما ههنا دون العكس كما لا يخفى على ذى مسكة لكن فيه بحث وهو أن الاستدلال على مدعاهما فى هذا الوجه كما يقتضى حل المثلث يقتضى أيضا حل الاشربة المحرمة الثلاثة غير الخمر وهذا ظاهر لزوما وبطلانا على أن استفادة قصر التحريم على السكر فى غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف المذهب فليتأمل (قوله ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا) فان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بما تقدمه لا بانفراده فينبغى أن يحرم ما تقدم أيضا قلنا لما وجد السكر بشرب القدح الاخير أضيف الحكم اليه لكونه علة معنى وحكما كذا ذكره جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال فيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة انتهى أقول ان أراد بقوله والمجموع بهذه الصفة أن كل واحد من أجزاء المجموع بهذه الصفة فليس بصحيح اذ لا يخفى أن شيأ مما قبل الجزء الاخير ليس بعلة اسما ولا معنى ولا حكما اذ العلة اسما ما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يؤثر فى الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم ولا يتراخى عنه كما عرف كله فى علم الاصول ولا شك أن شيأ مما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعانى وان أراد بذلك أن المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يقدح فى مطلوبنا ههنا اذ لا ننكر حرمة مجموع الاقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر وانما ننكر حرمة ما قبل القدح المسكر بانفراده نعم بقى الكلام فى أن اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع أولى أم الى الجزء الاخير وحده والظاهر فى بادئ الرأى هو الاول لان الجزء الاخير وحده علة معنى وحكما لا اسما على ما هو المشهور فى كتب الاصول والحكم انما يضاف الى العلة اسما لكن الفاضل التفتازانى قال فى التلويح فى مباحث العلة من باب الحكم ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم فى حق ثبوت الحكم ويصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير كالمن الاخير فى اثقال السفينة والقدح الاخير فى السكر انتهى وحينئذ يصير الجزء الاخير علة اسما أيضا أى كما أنه علة معنى وحكما فينتظم أمر اضافة الحكم اليه وحده بلا غبار ثم قال صاحب العناية والاولى أن يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول ليس هذا بشئ فضلا عن أن يكون أولى اذ ليس الكلام ههنا فى اطلاق لفظ المسكر على شئ وعدم اطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيأ بل انما الكلام ههنا فى أن المفسد للعقل هو القدح المسكر أى المزيل للعقل سواء أطلق عليه لفظ المسكر حقيقة أم لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزيل للعقل لا غيره وبالجملة مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما ورد السؤال بان القدح الاخير لا يزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل أيضا فى ازالة العقل فينبغى أن يحرم أيضا لم يفد أن يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم

وقوله (ولان المفسد) للعقل (هو القدح المسكر وهو حرام عندنا) لا ما قبله فان قيل القدح الاخير ليس بمسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغى أن يحرم ما تقدم أيضا أجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكما وفيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة والاولى أن يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا

(قوله والاولى أن يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز) أقول اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير وما تقدمه فليس بمجاز والكلام فيه (قوله وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا) أقول ويقرب

وانما

وقوله (وانما يحرم القليل منه) أى من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه وهو أن يقال لما كان المفسد هو الاخير دون ما تقدم وجب أن يكون فى الخمر كذلك ويجوز أن يكون جوابا عن قولهم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله

وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطى حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو فى نفسه غذاء فبقى على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذى يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء

مجازا وعلى القدح الاخير حقيقة شيأ فى دفع ذلك السؤال أصلا وانما يتمشى ذلك فى الجواب عن استدلال الخصم بقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر ومحله قول المصنف ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة وقصد بعض الفضلاء أن يرد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير وما تقدمه مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول وهذا أيضا ليس بشئ لان اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور أن يكون اطلاقه على المجموع حقيقة فان المجموع مشتمل على ما تقدم على القدح الاخير أيضا ولا شك أن اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة لان الحقيقة هى الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس مما وضعت له قطعا ولو سلم أن يكون اطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا اذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على القدح الاخير أيضا مسكرا حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الاخير حراما أيضا تأمل تقف (قوله وانما يحرم القليل من الخمر لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطى حكمه) أقول فيه كلام وهو أن هذا التقرير يقتضى كون حرمة الخمر معللة وقد صرح فيما مر بان الخمر عينه حرام غير معلول عندنا بشئ لان تعليله خلاف السنة المشهورة وهى قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فكان الذى ينبغى ههنا أن يقال وانما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها الحديث اللهم الا أن يحمل كلام المصنف ههنا على التنزل والزام الخصم بان يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره فتبصر (قوله والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه) قال بعض الفضلاء وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الاخيرين اللذين رواهما ولم يفعل كانه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى أقول توجيهه ليس بشئ لان دلالة الحديثين الاخيرين اللذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما أسكر كثيره انما هى بطريق العبارة ودلالة ما رواه المصنف من قبل أبى حنيفة وأبى يوسف على حل قليل ذلك انما هى بطريق الاشارة أو الاقتضاء وقد تقرر فى علم الاصول أن عبارة النص ترجح على اشارة النص واقتضائه عند التعارض فان أراد ذلك القائل بمعارضة ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهى المعارضة بدون الرجحان فى أحد الجانبين فليس بصحيح وان أراد بها المعارضة مع الرجحان فى جانب الحديثين اللذين رواهما الخصم فليس بمفيد بل مخل كما لا يخفى

(قوله والحديث غير ثابت على ما بيناه) يعنى به قوله كل مسكر حرام على ما ذكر يحيى بن معين قال ثلاث أحاديث لم تصح روايتها من رسول الله تعالى وذكر من جملتها هذا الحديث فان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بما تقدمه لا بانفراده بنفسه فينبغى على هذا أن يكون الكل مما تقدم وتأخر حراما لاستناد كل واحد منها فى التقوى الى الآخر قلنا لما وجد السكر بشرب القدح الاخير أضيف الحكم اليه لكونه علة معنى وحكما وهذا لان المسكر ما يتصل به السكر بمنزلة المتخم من الطعام فان تناول الطعام بقدر ما يغذيه ويقوى بدنه حلال وما يتخمه وهو الاكل فوق الشبع حرام ثم المحرم منه ما هو المتخم وما زاد على الشبع وان كان هذا لا يكون متخما الا باعتبار ما تقدم فكذلك فى الشراب

ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم فى حق ثبوت الحكم ويصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير كالمن الاخير فى اثقال السفينة والقدح الاخير فى السكر انتهى (قال المصنف والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه) أقول وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الاخيرين

وكثيره وهذا واضح ووجه الجواب عن الاول ان القياس ذلك ولكن تركناه لان الخمر لرقتها ولطافتها تدعو الى الكثير فاعطى القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وعلى الثانى بطريق الفرق وهو واضح وقوله (والحديث الاول) يعنى قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير وقوله (والذى يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق) لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه يوسفيا ويعقوبيا لان أبا يوسف رحمه الله كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه بختجا وحميديا قال لانه منسوب الى رجل اسمه حميد وهل يشترط لاباحته عندهما بعد ما صب الماء فيه أدنى طبخة اختلف المشايخ رحمهم الله فيه واختاره المصنف رحمه الله

مما ذكره الشارح ما قاله الامام التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير لا يقال القدح الاخير مسكر بما تقدمه لان المسكر ما يتصل به السكر وهو كالمتخم من الطعام فان المحرم هو المتخم انتهى قال التفتازانى فى التلويح

وقوله (أو يذهب منهما) يعني تارة يذهب الماء أولا للطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير أيضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء أولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء أولا كان الذاهب أقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله (فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) أي على القطع والبتات وقوله (يكتفي بادنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) هي رواية الحسن عنه وأنكرها المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف قال سمعت أبا حنيفة يقول انها لا تحل مالم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا أصح لما

لا تزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي بادنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل مالم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفي فيه بأدنى طبخة فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طبخة ثم أنقع فيه تمر أو زبيب ان كان ما أنقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو للحد في درئه ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال (ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير) لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية

(قوله لان الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) قال الشراح أي على القطع والبتات وقال بعض الفضلاء قوله أي على القطع والبتات فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة انتهى أقول مدار هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح فان مرادهم بقولهم أي على القطع والبتات تقييد المنفي في قول المصنف فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب لا تقييد النفي فالمعنى أن ذهاب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات لا يكون لان ذهاب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والبتات وحاصله أن ذهابهما القطعي لم يثبت لان عدم ذهابهما قطعي فلما لم يثبت ذهابهما على القطع والبتات بل احتمل أن يكون الذاهب أقل منهما بان يذهب الماء أولا للطافته قلنا بحرمة شرب ذلك العصير احتياطا بناء على أن الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القيد بالنفي وبين تعلقه بالمنفي في أمثال هذا المقام أصل كبير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك القائل (قوله ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه) قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله أو بين التمر والزبيب نظر لان ماء الزبيب كماء التمر يكتفي فيهما بادنى طبخة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا

(قوله لان الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) يعني تارة يذهب الماء للطافته أولا وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير أيضا ثلثين كالماء وهناك يجوز شربه لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء أولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء أولا كان الذاهب أقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا على ما مر وهو الباذق (قوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) أي على القطع والبتات (قوله في حديث فيه طول) وهو ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال كنت نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فامسكوا

ذكره في الكتاب (قال ولا بأس بالانتباذ في الدباء الخ) جوز أكثر أهل العلم الانتباذ في الدباء وهو القرع والحنتم وهو جرار حمر أو خضر يحمل فيها الخمر الى المدينة الواحدة حنتمة والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير والنقير وهو الخشبة المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فامسكوا ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيأ ولا يحرمه ولكن انما ينبذ فيها ان كان فيه خمر بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه انما نهي عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة تشتد في هذه الظروف أكثر مما تشتد في غيرها

ولم يفعل كانه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما (قوله وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب أي على القطع والبتات) أقول فيه بحث فان الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف ولو طبخ العنب كما هو) أقول أي كائن كالذي هو عنب فالخبر محذوف و ينبغي أن تكون الكاف زائدة (قال المصنف فصار كما بعد العصر) أقول أي صار حكم العصير بعد طبخ العنب كحكم العصير بعد العصر قبل طبخ العنب والاوجه أن يقال فصار الطبخ قبل العصر كالطبخ بعده في أنه لا يحل مالم يذهب ثلثاه (قال المصنف لان التمر ان كان يكتفي فيه بادنى طبخة الخ) أقول هذا التعليل لا يفي بتمام ما ادعاه الظهور أنه لا يدل على المدعى الثاني ولعل الصحيح أو بين العنب والزبيب مكان بين التمر

فاشربوا

يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم وقوله (واذا تخللت الخمر) يعني أن خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها أو خللت وقال الشافعي رحمه الله ان كان التخلل بالقاء شئ فيها كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا وان كان بالنقل من الظل الى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الفرق ما ألقي في الخمر يتنجس بملاقاته الخمر والمتنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما اذا تخللت بنفسها شئ من ذلك ودليله على أحد الوجهين ما ذكره في الكتاب ولنا قوله عليه الصلاة والسلام نعم الادام الخل هو بداية أول الخلل والمتخلل لا محالة ولان

فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيأ ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما أخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند أبي يوسف يغسل ثلاثا و يجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عن أبي يوسف يملأ ماء مرة بعد أخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال (واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها أو بشئ يطرح فيها ولا يكره تخليلها) وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شئ فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شئ فيه فله في الخل الحاصل به قولان له أن في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل من غير فصل وقوله عليه السلام خير خلكم خل خمركم ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه و بالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل أولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به

طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وان اشتد انتهى أقول وقول القدوري بعده ولا باس بالخليطين أظهر في ترويج نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وان اشتد اذ لقائل أن يقول يجوز أن يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الحل في الثاني الحل في الاول وقد تشبث صاحب الغاية في ترويج نظره بقول القدوري الاول ولم يتعرض لقوله الثاني وكان صاحب الكافي فهم ركاكة فيما ذكره المصنف ههنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب لا يحل مالم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى و يحتمل أن يقع لفظ التمر في قول المصنف أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهوا من نفس المصنف أو من الناسخ الاول الا أنه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره ههنا عن افادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط ثم اعلم أن تاج الشريعة توجه ما وقع في نسخ الهداية ههنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتأتى في التمر والزبيب على ما قال في المختصر انه يكتفي فيهما بادنى طبخة قلت ان هذا على ما روى هشام في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يحل مالم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقتفى أثره العيني

ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسركم على معسركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيأ ولا يحرمه (قوله وكذا الصالح للمصالح) أي وكذا الصالح للمصالح وهو الخل مباح (قوله والاقتراب لاعدام الفساد) أي لابطال صفة الخمرية وكان نظير الاقتراب للاراقة وهو جواب عن قول الشافعي رحمه الله ان في التخليل اقترابا فان قيل هي نجس العين فيحرم التصرف فيها قياسا على الميتة والبول والدم قلنا ليس كذلك فذاتها ذات العصير وهو طاهر قبل التخمر والنجاسة باعتبار الشدة وما هي بعينها بل هي وصفها وهو يقبل الزوال كالصبي في الصبي وأما قوله عليه السلام لا تتخذوا الخمر خلا فمعناه لا تستعملوا الخمر استعمال الخل أي لا تضعوها مواضع الخل على الموائد كما يوضع الخل (قوله والتخليل أولى) بان يكون مباحا من الاراقة اذ في الاراقة ابطال المفسد لا غير وفي التخليل احراز المال وصيانته مع ابطال المفسد

التخليل اصلاح المفسد باثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك واصلاح المفسد ان لم يكن واجبا فلا أقل من الاباحة والمنازع مكابر وقوله (وكذا الصالح للمصالح) يجوز أن يكون معناه المخلل صالح للمصالح والصالح للمصالح مباح اعتبارا بالمتخلل بنفسه و بالدباغ وقوله (والاقتراب لاعدام الفساد) جواب عن قوله ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه لا نسلم أنه على وجه التمول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك بالاراقة جائز وبالتخليل أولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في المآل وهذا ظاهر وما بعده الا المكابرة فان قيل فما تصنع بقوله صلى الله عليه وسلم لا ولكن أرقها حين سأله أبو طلحة عن تخليل خمر أيتام عنده وبما روي أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يتخذ الخمر خلا أجيب عن الاول بان ذلك في ابتداء التحريم فعالهم أن يحوموا حول الخمور كما حرم الانتباذ في الاوعية المذكورة مع تصريحه ثانيا بان الظرف لا يحرمه و يوضحه انه عليه الصلاة والسلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني أن المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي فان المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه السلام أليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم قال نعم فقال هو ذاك فسر الاتخاذ بالاستعمال

والزبيب فهي أول الناسخين وتبع الآخر للاولين

ودردي الخمر وغيرها ما يبقى في أسفله ومعناه يحرم شرب دردي الخمر والانتفاع به وانما خص الامتشاط لان له تأثيرا في تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة (ولا يحد شارب الدردي ان لم يسكر) خلافا للشافعي قال لانه شرب جزأ من الخمر فيجب الحد ولنا الخ واضح

(فصل في طبخ العصير) لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالأشربة تعليما لابقاء ما هو حلال على حله الدورق مكيال للشراب وهو عجمي قوله (وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه) قال في النهاية كأن محمدا علم أن العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء أولا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهبان معا ففصل الجواب فيه تفصيلا وحاصله أن الماء متى ما كان أسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كانا يذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله (ففي الوجه الاول) يعني ما يذهب فيه الماء أولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته أن يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة أسهم لانك تحتاج الى أن تجعل عشرة دوارق عصير على ثلاثة لحاجتك الى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلاثة والكل تسعة أسهم فاذا ذهب الماء أولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب بجعل كأن لم يكن لانه ما بقي العصير لا غير وهو ثلاثة أسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله (وفي الوجه الثاني) يعني الذي يذهب الماء والعصير معا (يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة) لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث

واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما أعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب فيه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا قال (ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به) لان فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا أو دبرة دابة ولا أن يسقى ذميا ولا أن يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها أما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو ألقى الدردي في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا قال (ولا يحد شاربه) أي شارب الدردي (ان لم يسكر) وقال الشافعي يحد لانه شرب جزأ من الخمر ولنا أن قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج (ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل) لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه أصابه الطبخ ويكره أكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه

(فصل في طبخ العصير) والاصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير أو ما يمازجه وأيا ما كان جعل كأن العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة وأصل آخر أن العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء أسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة أو دفعات سواء اذا

قلت ويؤيده ما ذكره في الفصل الثاني من كتاب الاشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب أدنى طبخة فهو النبيذ ويحل شربه ما دام حلوا وأما اذا غلى واشتد وقذف بالزبد فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل وروى هشام في نوادره عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى والله الموفق

(فصل في طبخ العصير) قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالاشربة تعليما لابقاء ما هو حلال على حله وقال بعضهم لما ذكر فيما تقدم أن العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصير الى أن يذهب ثلثاه (قوله لان الذي يذهب زبدا هو العصير أو ما يمازجه وأيا ما كان جعل كأن العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة) أقول فيه شئ وهو أن وجه جعل العصير تسعة دوارق

فيختاره أي فيختار التخليل على الاراقة (قوله كما في الكلب والميتة) أي لا يحمل الميتة الى الكلب لكن يؤتى الكلب اليها (قوله لما قلنا) اشارة الى قوله كما في الكلب والميتة (قوله يكره أكل خبز عجن عجينه بالخمر) لقيام أجزاء الخمر فيه والعجين النجس لا يطهر بالخبز فلا يحل أكله

(فصل في طبخ العصير) (قوله الاصل أن ما ذهب بغليانه بالنار) أي ما خرج من القدر من شدة

حصل

(قوله وما ذهب بجعل كأن لم يكن لانه ما بقي العصير لا غير) أقول قوله لانه أي لان الشأن ولفظة ما في قوله ما بقي موصولة والله أعلم

الماء فهي وما لو صب الماء في العصير بعد ما صار مثلثا سواء وقوله (يحل) لانه أثر النار مثاله لو طبخ عصير حتى ذهب ثلاثة أخماسه وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء هذا بخلاف ما اذا برد قبل أن يصير

مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب بالغليان منه شئ فانه لا يحل لان الغليان بعد ما انقطع عنه أثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله (بيانه عشرة أرطال عصير الى قوله فعرفت أن الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان) وهذا لان الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه شئ تسعة أرطال فعرفنا أن كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي أتساعا فاذا انصب منه ثلاثة أرطال فهذا في المعنى ثلاثة أرطال وثلاثة أتساع رطل فيكون الباقي منه ستة أرطال وستة أتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل وقوله (ولها طريق آخر) قيل هو أن يجعل الذاهب بالغليان من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة أرطال حرام وهو ستة أرطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلاثة أرطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة أرطال والحلال منها ثلاثة أرطال وثلث رطل والحرام خمسة أرطال وثلثا رطل فاذا أريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال أو بالحرام وكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل ولو رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعا لاحتياجك الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة فصارت أرطال الحلال ثلاثين سهما وقد أريق ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان

حصل قبل أن يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه أثر النار وأصل آخر أن العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضرب به في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شئ فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم أهريق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضرب به فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شئ وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت أن الحلال فيما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما ألقيناه كفاية وهداية

على تقدير أن يكون الذاهب زبدا هو العصير غير ظاهر اذ لا يكون حينئذ فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونها عصيرا فاذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب زبدا في حكم العدم بلا أمر يوجبه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضا في حكم العدم عند ذهابه بالطبخ والاظهر في تعليل هذا الاصل أن يقال لان الذي يذهب زبدا جعل كأن لم يكن لان الزبد ليس بعصير فصار كما لو صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويفصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا عن أصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد في الاصل عشرة دوارق عصير تصب في قدر فتطبخ فتغلي وتقذف بالزبد فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق ثم يطبخ الباقي حتى يبقى ثلاثة دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدورق الذي أخذ منه وذلك لان ما أخذ من الدورق زبد فجعل كأنه لم يكن لان الزبد ليس بعصير واذا لم يكن الزبد عصيرا يعتبر بما لو كان صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصير وهي تسعة دوارق فكذلك هذا الى هنا لفظه (قوله وفيما ألقيناه كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل) قلت فيه ايهام لطيف لكتابيه المسمى أحدهما بكفاية المنتهى والآخر بالهداية

الغليان وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن * الدورق مكيال للشراب يسع أربعة أمناء وهو أعجمي قوله ففي الوجه الاول) وهو ما اذا كان الماء أسرع ذهابا يطبخ حتى يبقى تسع الكل وهو ثلاثة وثلث لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني وهو الذي يذهب الماء والعصير معا يجب أن يطبخ حتى يذهب ثلثاه عشرون ويبقى ثلثه عشر لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فهذا وما لو صب الماء في العصير بعد ما طبخه حتى يذهب ثلثاه سواء (قوله بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق ثلاثة أرطال يأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث فيضرب به فيما بقي الى آخره) وذلك لان الرطل الذي ذهب بالطبخ ليس بذاهب حقيقة بل هو قائم ولكن تداخل أجزاؤه في أجزاء الباقي فيراجعه فيراجع أجزاء الرطل الى أجزاء البقية وهو تسعة أرطال فيكون مع كل رطل تسع رطل فاذا انصب منه ثلاثة أرطال فقد انصب ثلاثة أرطال وثلاثة اتساع رطل فيكون الباقي ستة أرطال وستة أتساع رطل ولو كان هذا حقيقة ٧ ليس أنه يطبخ حتى يبقى رطلان وتسعا رطل كذا هنا (قوله ولها طريق آخر) وهو أن الذي ذهب بالطبخ ذاهب من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب حرامه ويبقى حلاله فثلثا عشرة أرطال حرام وهو ستة أرطال وثلثا رطل فاذا أهريق ثلاثة فهذا من الحلال والحرام جميعا لانه لا معلق للذاهب حسابا بالحلال أو بالحرام فكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل وان رمت زيادة الانكشاف

الى تخريج غيرها من المسائل *(كتاب الصيد)*

قال الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم

(كتاب الصيد)

قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور والنشاط في الآدمي الا أن السرور في الاشربة المباحة أكثر لانه بأمر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بأمر خارجي فكان الاول أقوى وصار بالتقديم أولى انتهى أقول فيه نظر أما أولا فلان وضع كتاب الاشربة لبيان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والالذكر فيه كل أشربة مباحة على التفصيل مع أنه لم يذكر فيه من الاشربة المباحة الا النبذ فليل له مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة في وجه ما حتى وقع لاجله الخلاف من بعض العلماء في حله على أنهم صرحوا في أول كتاب الاشربة بان الاشربة جمع شراب والشراب عند أهل الشرع اسم لما هو حرام من المائعات فما معنى قوله أن كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور وأما ثانيا فلان ما ذكره ههنا لا يناسب ما ذكره في أول كتاب الاشربة فانه قال هناك ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب للمناسبة بينهما في الاشتقاق ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها الحرام كالخمر انتهى فقد جعل هناك وجه تأخير الاشربة عن الشرب حرمتها وجعل ههنا وجه مناسبتها بالصيد اباحتها مع ايراث السرور وفيبن كلاميه في المقامين تنافر لا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة وفي تقديم الاشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها (قوله الصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد) يعني أن الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو أخذ الصيد كالاحتطاب وهو أخذ الحطب ثم يراد به ما يصاد مجازا اطلاقا لاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الآدمي بأصل الخلقة مأكولا كان أو غير مأكول كذا في غاية البيان قال في الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا خمسة في الصياد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الارسال وأن لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامدا وأن لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل وخمسة في الكلب منها أن يكون معلما وأن يذهب على سنن الارسال وأن لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وأن يقتله جرحا وأن لا يأكل منه وخمسة في الصيد منها أن لا يكون متقويا بأنيابه أو بمخلبه وأن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من بنات الماء سوى السمك وأن يمنع نفسه بجناحيه أو قوائمه وأن يموت بهذا قبل أن يوصل الى ذبحه انتهى وذكرت

فاجعل كل رطل تسعة لحاجتنا الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث فصار أرطال الحلال ثلاثين بينهما وقد أريق ثلثه وهو عشرة فبقي عشرون وهو رطلان وتسعا رطل والله أعلم بالصواب

(كتاب الصيد)

الصيد لغة الاصطياد وقد سمي المصيد صيدا تسمية بالمصدر فيجمع اذا على صيود *الاصطياد مباح لغير المحرم في غير الحرم بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا أمر بالاصطياد وأدنى

وتسعا رطل *(كتاب الصيد)* مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور الا أنه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنه محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون الفرح والصيد مصدرا وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصائد اما أن يكون محرما أولا فان كان فهو حرام وان لم يكن فاما أن اصطاد في الحرم أولا فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الارسال وأن لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامدا وأن لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل آخر وخمسة في الكلب أن يكون معلما وأن يذهب على سنن الارسال وأن لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وأن يقتله جرحا وأن لا يأكل منه وخمسة في الصيد أن لا يكون من الحشرات وأن يكون من بنات الماء الا السمك وأن يمنع نفسه بجناحيه أو قوائمه وأن لا يكون متقويا بأنيابه أو بمخلبه وأن يموت بهذا قبل أن يصل الى ذبحه كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل آخر لكن

(كتاب الصيد) مر في فصل جناية الصيد من كتاب الحج تعريفات للصيد (قوله من حيث أن كل واحد من الاشربة) أقول ومن حيث ان الصيد من الاطعمة ومناسبتها للاشربة غير خفية ثم كما أن منها حلالا وحراما كذلك من الصيود ما هو حلال وحرام (قوله الا أنه قدم الاشربة) أقول لا يقال كونهما مع الشرب شعبتا عرق واحد يكفي في وجه تقديمها على الصيد لانه لم يدع أحد عدم الكفاية وانما المقصود ابداء وجه آخر ولا مشاحة فيه (قوله وأن يموت بهذا) أقول قوله وأن يموت بهذا مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحا (قوله قبل أن يصل الى ذبحه) أقول والا لا يكون صيدا محضا والكلام في حله (قوله وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب) أقول فيه تسامح بل شرط حل الصيد (قوله لا غير) أقول يعني لا غيره من سباع الطيور (قوله على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم الخ) أقول مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليتأمل

فاصطادوا وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان أحدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

هذه الشروط في النهاية وغاية البيان أيضا نقلا عن الخلاصة وذكرها صاحب العناية أيضا وقال كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة وقدح بعض الفضلاء في واحد من هاتيك الشروط حيث قال قوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل الى ذبحه مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحا انتهى أقول لا استدراك فيه لان الشرط الذي أريد بقوله وأن يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا فانه لا يحل أكله حينئذ كما ستقف عليه وكذا الشرط الذي أريد بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل الى ذبحه ليس مجرد موته بل موته قبل أن يوصل الى ذبحه اذ لو مات بذلك بعد أن يصل المرسل الى ذبحه لم يحل أكله ان لم يذبحه المرسل كما ستعرفه أيضا ولا شك أن اشتراط أن يقتله الكلب جرحا لا يغني عن اشتراط أن يموت الصيد بجرح الكلب قبل أن يصل المرسل الى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب جرحا بعد أن يصل المرسل الى ذبحه فحينئذ لا يحل أكله فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضا على الاستقلال وطعن صاحب العناية في جملة ما نقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل آخر لكن أدركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فانه صيد وهو حلال انتهى أقول يمكن أن يعتذر عما ذكره في علاوته بان الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصياد حيا بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والبازي والرمي وصار مذبوحا بالذبح الاضطراري وما أدركه حيا فذبحه لا يكون صيدا محضا بل يصير ملحقا بسائر ما يذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد أقول الظاهر أن مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لان هذا شرط الاصطياد للاكل هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان حلالا فيؤول معنى قوله شرط الاصطياد الى شرط حل الصيد فان عده هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد ولا يبالى بمثله بخلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة فانه راجع الى المعنى تدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علاوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليتأمل انتهى أقول لا يذهب عليك أن كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان فانه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من أنواع الصيد وترك بيان شرائط سائر أنواعه بلا ضرورة داعية اليه (قوله وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) مد التحريم الى غاية فاقتضى الاباحة فيما وراء تلك الغاية كذا

درجات الامر الاباحة والسنة قوله عليه السلام الصيد لمن أخذ في هذا بيان أن الاصطياد مباح مشروع لان الملك حكم مشروع فسببه يكون مشروعا ويستوي ان كان الصيد مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم لما في اصطياده من تحصيل منفعة جلده أو شعره أو دفع أذاه عن الناس (قوله وانتفاع بما هو مخلوق لذلك) أي بالصيد الذي هو مخلوق للانتفاع (قوله وتمكينه من اقامة التكاليف) كان ينبغي أن يكون واجبا كوجوب التكاليف لكن كونه غير متعين أوجب الاباحة بخلاف الخروج من الصلاة فانه متعين لانه وسيلة لاقامة فرض آخر فكان واجبا (قوله ما يحويه الكتاب) أي كتاب الاصطياد أحدهما في الصيد بالجوارح

أدركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فانه صيد وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا فان أدنى مرتبة الامر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما يدل فانه على الحل اذا زال الاحرام وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه أحل لكم صيد البحر كان أنسب وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم يرو خلاف لاحد في اباحته فكان اجماعا وقوله (ولانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاحتطاب) استدلال بالمعقول

(قوله وكذا اذا لم يمت بهذا) أقول ناظرا الى قوله وأن يموت بهذا قبل أن يصل الى ذبحه (قال المصنف وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) أقول ما دام لتوقيت فعل بمدة ثبوت مصدر خبرها الفاعل ذلك المصدر فانت في قولك اجلس ما دام زيد قائما أبوه موقت جلوس المخاطب بمدة ثبوت قيام أبي زيد وما التي في ما دام مصدرية والمضاف الذي هو الزمان محذوف أي مدة دوام قيام أبي زيد كذا في شرح الرضي (قوله وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة)

(فصل فى الجوارح) قدم فصل الجوارح على فصل الرمى لما أن آلة الصيد ههنا حيوان وفى الرمى جماد والفاضل تقدم على المفضول قال (ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم الخ) يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازى المعلم وسائر الجوارح المعلمة

وهذا بعمومه يتناول الاسد والذئب والدب والخنزير لكن الخنزير لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك معلوما لكل أحد فلم يستثنه والباقية ان أمكن تعليمها جاز الاصطياد بها لكنهم قالوا لا يمكن تعليم الاسد والدب لان من عادتهما أنهما اذا أمسكا صيدا لا يأكلانه فى الحال والتعلم انما يتحقق بترك الاكل فلا يعلم أنه ترك عادة أو تعلما ولان التعليم لان يمسك للغير والاسد لعلو همته لا يفعل ذلك والدب لخساسته ولهذا استثناهما أبو يوسف رحمه الله وألحق بعضهم الحدأة بالدب لمعنى الخساسة وانما أورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك أى فيما سوى المعلمة من ذى الناب والمخلب فان رواية القدورى رحمه الله تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفى جميعا (والاصل فى ذلك) أى فى جواز الاصطياد بالمذكور قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك

أقول فى التلويح مفهوم الغاية حجة بالاتفاق مع أنه يجوز أن يكون المقصود بيان حرمته للمحرم المعلوم من قوله لغير المحرم ويثبت جوازه لغير المحرم بالاباحة الاصلية ولقوله تعالى خلق لكم ما فى الارض جميعا انتهى ولا اصل وفيه بحث اذ الكلام فى حل الفعل ثم لو ثبت الجواز بالاباحة الاصلية لم يحتج الى الدليل وذلك لان الاصل فى الحل بالذبح هو الذبح الاختيارى والاضطرارى على خلاف الاصل *(فصل فى الجوارح)* (قوله فان رواية القدورى تدل الخ) أقول تعليل لقوله وانما أورد رواية الجامع الصغير

(فصل فى الجوارح) قال (ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازى وسائر الجوارح المعلمة وفى الجامع الصغير وكل شئ علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته)

قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة اهـ أقول لا نسلم أن مفهوم الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازانى فى التلويح فى باب المعارضة والترجيح بصدد بيان المخلص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف فى قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن

(فصل فى الجوارح) قدم فصل الجوارح على فصل الرمى لان آلة الصيد ههنا حيوان وفى الرمى جماد والحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم على المفضول كذا فى الشروح (قوله وفى الجامع الصغير وكل شئ علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته) قال صاحب العناية انما أورد رواية الجامع الصغير بقوله ولا خير فيما سوى ذلك أى فيما سوى المعلمة من ذى الناب والمخلب فان رواية القدورى تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفى جميعا اهـ أقول فيه شئ اذ قد صرحوا فى شروح هذا الكتاب وغيرها بان تخصيص الشئ بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه بالاتفاق فرواية القدورى أيضا تدل على اثبات جواز الاصطياد بما ذكر ونفى جوازه بما سوى ذلك فلا يتم قوله ان رواية القدورى تدل على الاثبات لا غير اللهم الا أن يكون مراده أن رواية القدورى تدل بمنطوقها على الاثبات لا غير وان دلت بمفهومها على النفى أيضا وأما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الاثبات والنفى معا لكن لا يظهر حينئذ فى ايراد رواية الجامع الصغير كبير نفع كما لا يخفى قال جماعة من الشراح انما ذكر فى الجامع الصغير بلفظ لا باس مع ثبوت اباحة الاصطياد بالكتاب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والدب والنص اذا خص منه البعض يصير ظنيا فتمكن فيه الشبهة كما عرف فى الاصول فلذلك ذكر بلفظ لا باس انتهى أقول فيه نظر لان الخنزير مخصوص من النص المذكور بالعقل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرف فى علم الاصول أن النص الذى خص منه شئ بالعقل لا يصير ظنيا بل يكون قطعيا لكونه فى حكم الاستثناء وقد أشار اليه المصنف بقوله فيما بعد والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به وأما الاسد والدب فليسا بداخلين رأسا فى النص المذكور لانهم صرحوا بان الاسد والدب لا يصلحان للتعليم لانهما لا يعملان للغير فلم يدخلا تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولا يخفى أن تخصيص شئ من شئ فرع دخوله فيه أولا فاذا لم يدخلا فى النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه ولئن سلم كون كل من تلك الثلاثة مخصوصا من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منها منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنيا اذ قد تقرر فى علم الاصول أن العام الذى أخرج منه البعض بكلام مستقل انما يصير ظنيا اذا كان المخرج موصولا بذلك وأما اذا لم يكن موصولا به فيكون قطعيا فى الباقى ويطلق على مثل هذا الاخراج فى عرف أهل الاصول النسخ دون التخصيص ولا شك أن مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيا لا محالة تبصر (قوله والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين) وذلك لانه عطف على الطيبات فى قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات أى أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح فحذف المضاف كذا فى الكافى والشروح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لان القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم والجواب أن ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغى انتهى أقول نظره فاسد وجوابه كاسد أما الاول فلان اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه فى الحكم السابق واجب لا محالة مقرر فى علم النحو بلا ارتياب فيلزم فى الآية المذكورة الاشتراك فى حكم الاحلال ضرورة وقول الاصوليين القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم ليس بانكار أصل هذه القاعدة المقررة فى علم النحو بل معناه أن مجرد المقارنة فى النظم لا يوجب المقارنة فى الحكم بدون أن يتحقق أمر مقتض للمقارنة فى الحكم أيضا وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف وأما الثانى فلان لقائل أن يقول انما يلزم من أن لا يكون وما علمتم من الجوارح مقارنا لاحل لكم الطيبات أن لا يكون ذكره على ما ينبغى لو كان وما علمتم من الجوارح داخلا تحت جواب قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم ومن يقول ان القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم كيف يسلم ذلك بل يقول يجوز أن يكون جواب ذلك قل أحل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاما مستقلا مسوقا لبيان حكم جديد ولافادة فائدة أخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه أولى انتهى أقول فى تفريع قوله فالحمل عليه أولى خلل لان الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الاول بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ولا يخفى أن تعين معنى الآية أو رجحان أحد محتمليها لا يتوقف على تمام الاستدلال بها بل الامر بالعكس فما معنى تفريع قوله فالحمل عليه أولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور (قوله والجوارح الكواسب قال فى تاويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدى) قال صاحب العناية واستدل المصنف على صحة التاويل بعموم حديث عدى بن

كالكلاب والفهود والصقور والبزاة والثانى فى الاصطياد بالرمى والله أعلم بالصواب

(فصل فى الجوارح) اعلم ان حل التناول بالاصطياد مختص بشرائط منها ان يكون الصائد من أهل الذكاة وذا بان يعقل الذبح والتسمية حتى لا يؤكل صيد الصبى والمجنون اذا لم يعقلا الذبح والتسمية وان يكون له ملة التوحيد دعوى واعتقادا كالمسلم أو دعوى لا اعتقادا كالكتابى كما مر فى الذبائح وان يكون ما يصطاد به معلما وان يكون جارحا لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح (قوله وسائر الجوارح المعلمة) كالنمر والصقر والشاهين (قوله فلا باس بصيده انما ذكر بلفظة لا باس لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض كالدب والخنزير وغير ذلك والنص اذا خص منه البعض يكون الباقى منه دون خبر الواحد فيكون ظنيا فتمكن فيه الشبهة فلذلك قال لا باس به (قوله ولا خير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته

لانه معطوف على قوله تعالى أحل لكم الطيبات أى أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفيه نظر لان القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم والجواب أن ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا أحل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغى ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه أولى والجوارح

الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازى والشاهين وغيرهما قال الله تعالى أم حسب الذين اجترحوا السيآت وانما قال فى تاويل لانه فى تاويل آخر هى التى تجرح من الجراحة والمكلبين بمعنى المسلطين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التأديب غالبا فى الكلاب اشتق من لفظه وفيه اشارة الى نفى ما ذهب اليه ابن عمر ومجاهد رضى الله عنهم أنه لا يجوز الاصطياد الا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين واستدل المصنف رحمه الله على صحة التاويل بعموم حديث عدى بن حاتم

(قوله لانه معطوف على قوله أحل لكم الطيبات) أقول فيه تسامح لانه معطوف على الطيبات (قوله وصيد ما علمتم) أقول والقرينة على تقدير الصيد قوله تعالى فكلوا مما أمسكن فليفهم (قوله وفيه نظر لان القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم) أقول ليس ذلك من القران فى النظم لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مفرد معطوف على الطيبات بتقدير المضاف فيشتركان فى حكم الاحلال ضرورة (قوله ولكن لما كان التأديب غالبا فى الكلاب اشتق من لفظه) أقول فان قيل ما الحاجة الى هذا العذر بعد ما ذكره المصنف من أن اسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد قلنا ليتناول جوارح الطيور فالمراد بالكلب فى قوله فى الكلاب ما يعم كل سبع عقور وذى ناب فليتأمل (قال المصنف دل عليه ما روينا من حديث عدى) أقول لكن لا دلالة فيه على عمومه جوارح الطيور بخلاف الآية

والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب قال فى تاويل المكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدى

حاتم رضى الله عنه (قوله يريد به اذا أخذ كلب غير معلم صيدا فلا خير فيه اذا قتله الا أن تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح أى وصيد ما علمتم من الجوارح وهو عطف على الطيبات أى أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح وفى معنى الجوارح قولان أحدهما ان يكون جارحا حقيقة بنابه أو مخلبه فيكون من

رضى الله عنه واسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن أبى يوسف أنه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته وألحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لابد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال (تعليم الكلب أن يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازى أن يرجع ويجيب اذا دعوته) وهو ما ثور عن ابن عباس رضى الله عنهما ولان بدن البازى لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازى متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب

خاتم أقول لا صحة لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذى مسكة أن ليس مقصود المصنف بيان صحة تأويل دون صحة تأويل آخر اذ لا تنافى بين التأويلين كما سيجىء فى الكتاب وأيضا عموم حديث عدى لا ينافى التأويل الآخر وهو أن يكون الجوارح هى التى تجرح من الجراحة بل يوافقه أيضا فما معنى الاستدلال بعمومه على صحة تأويل دون آخر فالظاهر أن مراد المصنف بقوله دل عليه ما روينا من حديث عدى انما هو الاستدلال على تناول ما فى الآية الكل بحديث عدى بن حاتم فالمعنى دل على تناول الكل ما رويناه من حديث عدى وبينه بقوله واسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقى شئ فى كلام المصنف وهو أن المدعى جواز الاصطياد بكل شئ علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير فالمراد بالتناول فى قوله فيتناول الكل بعمومه انما هو التناول لكل ما فى المدعى ولا يخفى أن حديث عدى لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع على تقدير أن يراد بالكلب المذكور فيه كل ذى سبع دون النوع المعين المعروف (قوله لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال) أقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلاه من الآية ناطقا بالتعليم وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال مما لا كلام فيه وأما كون ما تلاه من الآية ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعى ههنا وباشتراط الارسال أيضا فليس بظاهر وانما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا فى الادلة الشرعية كما عرف (قوله ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازى متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب فهو ألوف عادة يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب)

الجرح بمعنى الجراحة والثانى الكواسب كقوله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار أى كسبتم ويمكن حمله عليهما فيشترط أن يكون من الكواسب التى تجرح لتعمل بالجرح بيقين والمكلب مؤدب الكلاب ومعلمها ثم عم فى كل من أدب جارحة بهيمة كانت أو طائرا ومعنى قوله مكلبين معلمين اياها الصيد أى الامساك لصاحبها يعلمونهن أى يؤدبونهن لطلب الصيد ويعلمونهن حال ثانية أو استئناف مما علمكم الله من علم التكليب (قوله لانهما لا يعملان لغيرهما) وفى الايضاح اما عدم جواز الاصطياد بالاسد والدب فلعدم تصور تعلمهما لان من عادتهما أن يمسكا صيدهما فلا يأكلانه فى الحال وانما يستدل على التعليم بترك الاكل ولو تصور التعليم منهما جاز وأما الخنزير فلا يجوز الاصطياد به لانه نجس العين فكان الانتفاع به محرما (قوله لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم) وهو قوله تعالى وما علمتم من الجوارح والحديث به أى بالتعليم وبالارسال وهو حديث عدى بن حاتم اذا أرسلت كلبك المعلم (قوله والبازى متوحش متنفر) فكانت

وقال واسم الكلب يقع فى اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه الصلاة والسلام فى دعائه اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فافترسه الاسد وقوله (وعن أبى يوسف رحمه الله) متعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه وقوله (ولان آية تعليمه ترك ما هو مألوفه عادة) قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأتى فى الفهد والنمر فانه متوحش كالبازى ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازى لا غير وذلك صحيح واذا أريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول

(قوله قيل فيه نظر) أقول القائل صاحب النهاية وصاحب الكفاية وصاحب معراج الدراية (قوله وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين البازى والكلب) أقول لا يخفى عليك ما فى ذكره من البعد والركاكة فان كلا الدليلين لاثبات الفرق بين الكلب والبازى واذا عمم الكلب فى الاول لسائر ذوات الناب ففى الثانى يكون كذلك ولعل الاولى أن يجاب بانه لما كانت ذوات الناب كلها جنسا واحدا وكان أكثر ما يستعمل منها فى الصيد ألوفا مع أن فى طبع غيره الالف أيضا على ما ترى فى الذئب والاسد وغيرهما اذا ربى من صغره فى البيت بخلاف جوارح الطيور جعل الكل فى حكم واحد فى التعليل يعنى أدير حكم التعليل على جنس الكلب تيسيرا كما فى نظائره فليتأمل (قال المصنف ولان بدن البازى لا يحتمل الضرب) أقول يعنى لا يمكن تعليمه بترك الاكل الا بالضرب حالة الاكل وجثته لا تحتمل الضرب فأما جثة الكلب فتحتمله (قال المصنف فيضرب ليتركه) أقول فان قيل وجوب ترك الاكل لصيرورة الكلب معلما انما هو لان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة فلا بد من ملاحظة الدليل الثانى فى اتمام الاول فيفوت استقلاله قلنا بل يثبت ذلك بقوله تعالى فكلوا مما أمسكن أى لم يأكلن اذ يعلم منه أن ترك الاكل شرط فى حل أكل الصيد فلا تمس الحاجة الى تلك الملاحظة وفيه بحث اذ لا ثم

ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة أو مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل على أنه صار عادة له وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما فى مدة الخيار وفى بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذى يقع أمارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وأدناه الثلاث فقدر بها وعند أبى حنيفة على ما ذكر فى الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأى المبتلى به كما هو أصله فى جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر فى سكوت المولى وله أنه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال (واذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل أكله) لما روينا من حديث عدى رضى الله عنه ولان الكلب أو البازى آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمى وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل أيضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا فى الذبائح ولا بد من الجرح فى ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارى وهو الجرح فى أى موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال

قال صاحب النهاية ولكن هذا الفرق لا يتأتى فى الفهد والنمر فانه متوحش كالبازى ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء فالمعتمد هو الاول كذا فى المبسوط انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وزعم صاحب العناية أنه ليس بوارد حيث قال قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأتى فى الفهد والنمر فانه متوحش كالبازى ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازى لا غير وذلك صحيح واذا أريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول الى هنا لفظه أقول ما قاله عذر بارد وتوجيه كاسد لان اسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المصنف فيما مر آنفا والظاهر أن المراد بالكلب فى المدعى ههنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص والا يلزم أن يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية فالمراد فى التعليل أيضا هو الفرق عموما والذى يفيد الفرق عموما هو التعليل الاول دون الثانى فالمعتمد هو الاول كما

الاجابة آية تعليمه أما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب وهذا الفرق لا يتأتى فى الفهد والنمر فانه متوحش كالبازى ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء فالمعتمد هو الاول كذا فى المبسوط (قوله ثم شرط ترك الاكل ثلاثا) وهذا عندهما وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله لكن بين هذه الرواية عن أبى حنيفة رحمة الله عليه وبين قولهما فرق ففى قولهما انما يصير معلما اذا صاد ثلاثا ولم يأكل منها فيحل حينئذ الصيد الرابع وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله على تلك الرواية يؤكل الصيد الثالث على ما يجىء فى الكتاب (قوله وفى بعض قصص الاخبار) وفى المبسوط فقدرنا ذلك بالثلاث لانه حسن للاختبار والاصل فيه قصة موسى عليه السلام مع معلمه حيث قال فى الثالثة هذا فراق بينى وبينك وكذا الشرع قدر مدة الخيار بثلاثة أيام للاختبار وقال عليه السلام اذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع وقال عمر رضى الله عنه اذا لم يربح أحدكم فى التجارة ثلاث مرات فليتحول الى غيرها (قوله كما هو أصله فى جنسها) أى أصل أبى حنيفة رحمه الله فى جنس المقادير نحو حبس الغريم وحد التقادم وتقدير ما غلب فى نزح ماء البئر المعينة (قوله وله انه آية تعليمه عنده) أى ان ترك الاكل علامة تعليمه عند الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه فاذا حكمنا بانه يمسك وقد أخذه بعد ارسال صاحبه فيحل كذا فى المبسوط (قوله أو بازيه) أى بازيه المعلم ترك صفة التعليم فى البازى اكتفاء كما فى قوله تعالى وبث منهما رجالا كثيرا ونساء أى نساء كثيرة (قوله بانتساب ما وجد من الآلة اليه) وهو الجرح

وقوله (وفى بعض قصص الاخيار) قيل أراد به حكاية موسى مع الخضر عليهما الصلاة والسلام حيث قال فى الكرة الثالثة هذا فراق بينى وبينك وقوله (كما هو أصله فى جنسها) أى أصل أبى حنيفة رحمه الله فى جنس المقادير نحو حبس الغريم وحد التقادم وتقدير ما غلب فى نزح ماء البئر المعينة وقوله (وله أنه آية تعليمه عنده) أى أن ترك الاكل علامة تعليمه عند الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه واذا حكمنا أنه يمسكه على صاحبه وقد أخذه بعد ارسال صاحبه فيحل وقوله (فظاهر الرواية) يريد رواية الزيادات فانه قال لو قتل الكلب أو البازى الصيد من غير جرح لا يحل وأشار فى الاصل الى أنه يحل والفتوى على ظاهر الرواية

دلالة فيه على كون الامساك شرطا للتعليم كما لا يخفى على المتأمل والالم فى الطير (قال المصنف كما فى مدة الخيار) أقول لا ينتهض هذا على مذهبهما

وقوله (فى تاويل) يعنى غيرما أولناه أولا وهو قوله والجوارح الكواسب فى تاويل وذلك ما يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب يعنى يجمع فى الآية بين التأويلين لعدم التنافى بينهما وذلك لان الاصل أن النص اذا أورد وفيه اختلاف المعانى فان كان بينهما تناف يحمل على أحدهما بدليل يوجب الترجيح وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذا بالمتيقن كما فى قوله تعالى

ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله فى أرحامهن قيل أريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح أنهما مرادان لانه لاتنافى ههنا وفيه نظر لان الجرح اماأن يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذى تحصل به الجراحة أو يكون حقيقة فى أحدهما مجازا فى الآخر والمشترك لاعموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لايجوز بخلاف قوله تعالى ماخلق الله فى أرحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ وقوله (وفيه) أى فى الجارح الكاسب أخذ باليقين وقوله (رجوعا الى التاويل الاول) يعنى ماسبق من الكواسب

(قوله وفيه نظر) أقول سبق الى هذا النظر نظر الاتقانى (قوله والجرح التى) أقول الظاهر أن يقال والجرح الذى (قوله والجمع بين الحقيقة والمجاز لايجوز عندنا الخ) أقول ويمكن أن يجاب عن هذا النظر بحمل قوله على الجارح الكاسب على المجاز اما على طريقة ذكر السبب وارادة المسبب فيكون المراد اشتراط الجرح والكسب أو على طريقة الاستعارة التبعية فيه بان يشبه الحمل على الجرح المستلزم للكسب بالحمل على كلا المعنيين فيستعار الثانى للاول ثم يشتق منه الفعل ولايخفى عليك أولوية الحمل على الجرح من الحمل على الكسب لانطواء الاول على الثانى بدون العكس ويحتمل أن يجوز المصنف الجمع بين معنيي المشترك فى هذه الصورة كما جوز فى النفى على ماسيجىء فى الوصايا وعلل هنالك بعدم المنافاة أيضا

وفى ظاهر قوله تعالى وماعلمتم من الجوارح مايشير الى اشتراط الجرح اذهو من الجرح بمعنى الجراحة فى تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافى وفيه أخذ باليقين وعن أبى يوسف أنه لايشترط

ذكر فى عامة المعتبرات حتى المبسوط ثم ان بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قاله صاحب العناية من الركاكة قال ولعل الاولى أن يجاب بانه لما كانت ذوات الناب كلها جنسا واحدا وكان أكثرما يستعمل منها فى الصيد ألوفا مع أن فى طبع غيره الالف أيضا على ماتراه فى الذئب والاسد وغيرهما اذا ربى من صغره فى البيت بخلاف جوارح الطير جعل الكل فى حكم واحد فى التعليم يعنى أدير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيرا كما فى نظائره فليتامل اه أقول ليس هذا أيضا بسديد اذ بعد ما تقرر أن الفهد والنمر مما لا يتأتى فيه الالف بل هما متوحشان كالبازى لايكون جعل أنواع الكلب كلها فى حكم واحد وادارة حكم التعليل على جنس الكلب من باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد بل يلزم اذ ذاك أن يحمل المتوحش على الالوف وهو غير ميسر لامحالة ثم أقول بقى شىء فى التعليل الاول أيضا وهو أنه قد ذكر فى عامة المعتبرات أن شمس الائمة السرخسى قال ناقلا عن شيخه شمس الائمة الحلوانى للفهد خصال ينبغى لكل عاقل أن ياخذ ذلك منه وعد منها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك فقد ظهر منه أن تحمل بدن الفهد للضرب لايجدى شيا فى حق تعلمه وقد كان مدار الفرق بين البازى والكلب فى التعليل الاول هو أن بدن البازى لايحتمل الضرب و بدن الكلب يحتمله فيرد عليه أن مجرد احتمال بدن الكلب الضرب لا يفيد المدعى فى حق الفهد اذهو غير مؤثر فى حق تعلمه فتامل (قوله وفى ظاهر قوله تعالى وماعلمتم من الجوارح مايشير الى اشتراط الجرح اذهو من الجرح بمعنى الجراحة فى تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافى وفيه أخذ باليقين) وذلك لان النص اذا ورد وفيه اختلاف المعانى فان كان بينهما تناف يثبت أحدهما بدليل يوجب ترجحه لا الجميع وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذا بالمتيقن كما فى قوله تعالى ولايحل لهن أن يكتمن ماخلق الله فى أرحامهن قيل أريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح أنهما مرادان لانه لاتنافى بينهما فكذا ههنا لاتنافى بين الكسب والجراحة كذا فى عامة الشروح قال صاحب الغاية فاقول على ماقالوا يلزمه عموم المشترك فى موضع الاثبات وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال وفيه نظر لان الجرح اماأن يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذى يحصل به الجراحة أو يكون حقيقة فى أحدهما مجازا فى الآخر والمشترك لاعموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لايجوز بخلاف قوله تعالى ماخلق الله فى أرحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ الى هنا كلامه أقول يمكن الجواب عنه بان مراد المصنف من قوله يحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه أنه يجمع فى الاعتبار والعمل بين كلا محتملى النص المذكور من التاويلين لعدم التنافى بينهما وفيه أخذ بالمتيقن اذ يوجد فى المجموع كل واحد منهما فاى منهما يراد فى النظم الشريف كان ماخوذا فى الاعتبار والعمل وليس مراده أن كلا التاويلين يرادان معا بلفظ النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك فى الاثبات أو الجمع بين الحقيقة والمجاز وصاحب العناية لزعمه أن مرادهم هو الثانى قال فى تفسير قول المصنف فيحمل

فنسب ذلك الى الصائد بسبب استعماله اياه فتحقق الذكاة الاضطرارية (قوله وفى ظاهر قوله تعالى وماعلمتم من الجوارح مايشير الى اشتراط الجرح اذهو من الجرح بمعنى الجراحة فى تاويل) أى فى تاويل سوى التاويل الاول الذى ذكر قبل هذه الصفحة بقوله والجوارح الكواسب فى تاويل (قوله ولا تنافى) أى بين

رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ماقلنا قال (فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وان أكل منه البازى أكل) والفرق مابيناه فى دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدى رضى الله عنه وهو حجة على مالك والشافعى فى قوله القديم فى اباحة ماأكل الكلب منه (ولو أنه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لايؤكل هذا الصيد) لانه علامة الجهل

وقوله (وجوابه ماقلنا) يعنى قوله لامنافاة بينهما وفيه أخذ باليقين وقوله (وهو حجة على مالك والشافعى رحمهما الله فى قوله القديم فى اباحة ماأكل الكلب منه) يعنى حديث عدى رضى الله عنه فان قيل روى أبو ثعلبة الخشنى رضى الله عنه أنه عليه السلام قال له فى صيد الكلب كل وان أكل منه وذلك دليل

(قال المصنف وهو مؤيد بما روينا) أقول جعله مؤيدا لاحجة أخرى لعدم وفائه بتمام المدعى

على الجارح الكاسب يعنى يجمع فى معنى الآية بين التاويلين وكان حق التفسير أن يقال يعنى يجمع فى الاعتبار والعمل بين التاويلين كما نبهت عليه آنفا وقال صاحب معراج الدراية ههنا فان قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المشترك لان الجوارح اماأن تكون حقيقة فى الكواسب أو مجازا قلنا لا كذلك بل الجوارح أخص من الكواسب فلو كان المراد بالكواسب الجوارح لايلزم ذلك انتهى أقول جوابه ليس بسديد لان كون الجوارح أخص من الكواسب لايدفع لزوم المحذور المذكور فى السؤال اذ لاشك أن مفهوم الاخص يغاير مفهوم الاعم والا يلزم أن يكون الشىء أخص من نفسه وهو ظاهر البطلان ولاريب ان اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان أحدهما أخص من الآخر أم لا الا بطريق الاشتراك أو بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم أحد المحذورين المذكورين فى السؤال قطعا على تقدير ارادتهما معا من لفظ واحد (قوله وهو مؤيد بما روينا من حديث عدى) أقول فى كلامه هذا ركاكة لان ضميرهو فى قوله وهو مؤيد ان كان راجعا الى الفرق كما هو الظاهر من أسلوب تحريره يرد عليه أن حديث عدى لايفيد الفرق المذكور أصلا فانه انما يدل على أن لايؤكل ماأكل منه الكلب ولايدل على أن يؤكل ماأكل منه البازى وافادة الفرق انما تكون بالدلالة عليهما معا وان كان راجعا الى مضمون قوله فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل كان حق قوله وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدى أن يذكر عقيب قوله فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل ولما توسط بينهما قوله وان أكل منه البازى أكل وقوله والفرق مابيناه فى دلالة التعليم كان الكلام قلقا كما لايخفى (قوله وهو حجة على مالك والشافعى فى قوله القديم فى اباحة ماأكل الكلب منه) فان قيل روى أبو ثعلبة الخشنى رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال له فى صيد الكلب كل وان أكل منه وذلك دليل واضح لهما أجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك عليهم أن لاياكل منه وحين أكل منه دل أنه أمسك على نفسه يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث عدى فان أكل منه فلا تاكل لانه انما أمسك على نفسه كذا فى العناية أخذا من النهاية أقول يرد على هذا الجواب أن قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم انما يدل على اباحة أكل مالم ياكل منه الكلب ولايدل على عدم اباحة أكل ماأكل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف فى علم الاصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث و بين قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم حتى يلزم أن يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد لا يقال يحصل بهذا الجواب الزام الشافعى لان مفهوم المخالفة حجة عنده وهذا القدر كاف فى صحة الجواب لانا نقول لايحصل الزامه أيضا لان من يقول بكون المفهوم حجة لاينكر أن المنطوق أقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده أيضا والحق عندى فى الجواب عن أصل السؤال أن يقال حديث أبى ثعلبة معارض بحديث عدى وحديث عدى مرجح على حديث أبى ثعلبة لان حديثه يحل ماأكل منه الكلب وحديث عدى يحرمه وقد عرف فى أصول الفقه أن المحرم يرجح على المحلل عند التعارض فيجعل ناسخا له

التأويلين وفيه أخذ باليقين أى فى الجمع بينهما أخذ باليقين وذلك لان النص اذا ورد فيه اختلاف المعانى فان كان بينهما تناف يثبت أحدهما بدليل يوجب ترجحه وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجمع أخذا بالمتيقن كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله فى الحيض فى قوله تعالى ولايحل لهن ان يكتمن ماخلق الله فى ارحامهن قيل أريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح أنهما مرادان لانه لا تنافى بينهما فكذا هنا لا تنافى بين الكسب والجراحة (قوله وجوابه ماقلنا) أراد به قوله ولا تنافى وفيه أخذ باليقين

واضح لهما أجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك عليهم أن لا يأكل منه وحين أكل منه دل على أنه أمسك على نفسه يؤيده قوله عليه السلام فى حديث عدى فان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه وقوله (على

ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها فى الابتداء وأما الصيود التى أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بأن كان فى المفازة بان لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز فى بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله أنه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا ينسى أصلها فاذا أكل تبين أنه كان ترك

فوجب العمل بحديث عدى دون حديث أبى ثعلبة (قوله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها فى الابتداء) قال صاحب العناية أراد ماذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ أقول تفسير مراد المصنف بماذكره هذا الشارح ليس بصحيح لان فيماذكره المصنف بقوله يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ روايتين لا غير رواية عند أبى حنيفة وهى حل ما اصطاده ثالثا ورواية عند أبى يوسف ومحمد وهى عدم حل ذلك وقد قال المصنف ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها بصيغة الجمع فكيف يتصور أن يكون مراده ماذهب اليه الشارح المذكور فالصواب أن مراد المصنف بقوله ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها فى الابتداء وهو الاشارة الى ماذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن أبى حنيفة الى آخر ماذكره فى تلك المسئلة فحينئذ تحقق الروايات وتنتظم صيغة الجمع كما لا يخفى (قوله هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى) أقول الظاهر مماذكره بعد هذا بقوله ولان فيما أحرزه الخ أن يكون المذكور ههنا دليلا تاما لهما فيرد عليه أنه لو تم لدل على أن لا تثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز فى المفازة أيضا لجريان هذا الدليل فى ذلك أيضا مع أنه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما

(قوله كما بيناها فى الابتداء) اراد به قوله وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات الى ان قال وهذا عندهما وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله الى ان قال وعلى الرواية الاولى يحل ما اصطاده ثالثا الى آخره (قوله وأما الصيود التى أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية) لان الحكم بالحرمة لا يتصور الا فى محل قائم وقد فات المحل بالاكل (قوله بان كان فى المفازة بعد) وأما اذا باع المالك ما قدره عن صيوده فلا شك ان على قولهما لا ينقض البيع فيه وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله ينبغى أن ينقض البيع اذا تصادق البائع والمشترى على كون الكلب جاهلا (قوله بان كان فى المفازة بعد) يعنى لم يأخذ الصائد والحاصل ان على قولهما يحكم بجهله مقصورا على وقت الاكل وعند أبى حنيفة رحمه الله مستندا (قوله أمضى الحكم فيه بالاجتهاد) يعنى انما حكمنا باباحة المحرز من الصيود بالاجتهاد لان ترك الاكل يحتمل أن يكون للعلم ويحتمل أن يكون للشبع فصار اباحة المحرز بالاجتهاد فلو نقض نقض بالاجتهاد لان الاكل أيضا يحتمل أن يكون عن جهل فى الاصل ويحتمل أن يكون لشدة الجوع أو لانه نسى الآن والاصل ان ما امضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل الآن ولكن يعمل به فى المستقبل كما فى سائر المجتهدات بخلاف ما لم يحرزه لان الاباحة غير محكوم بها بعد من كل وجه لانها انما نحكم بها اذا خرج من الصيدية من كل وجه وشئ من معناها باق فيه وهو أنه فى المفازة بعد أو نقول اباحة الاكل انما تثبت وقت الاكل لعدم الحاجة قبل ذلك ووقت الاكل بعد الاحراز لان غير المحرز لا يؤكل فان قيل الصيد اسم للمتوحش المتنفر ولم يبق من هذا المعنى شئ قلنا بقي ما يلازمه وهو عدم الاحراز على انا نقول التنفر والتوحش ليس بلازم للصيد فان البيضة صيد باعتبار ما آله مع انعدام هذا المعنى فيه فلان يكون هذا صيدا باعتبار ما كان بالطريق الاولى (قوله

اختلاف الروايات كما بيناها ابتداء) أراد ماذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ وقوله (وأما الصيود التى أخذها من قبل) واضح وحاصل ذلك فى المحرز الذى لم يؤكل أن أبا حنيفة يحكم بجهله مستندا وهما يقولان بالاقتصار على ما أكل لان ما أحرزه المالك حكم باباحته باجتهاد وقد حصل المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض باجتهاد آخر مثله بعده والجواب ما قال وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ومثل ذلك ينقض باجتهاد آخر كتبدل اجتهاد القاضى قبل القضاء وما قال أبو حنيفة أقرب الى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ولم يذكر ما اذا باع شيا من صيوده المقدرة والحكم فيه كالذى فيه الخلاف اذا تصادق البائع والمشترى على جهالة الكلب وقوله

(قوله أجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك الخ) أقول فيه بحث فانه لا دلالة فى الآية على النهى عن الاكل على تقدير انتفاء الامساك ومفهوم المخالفة غير معتبر فان المعارضة والمنطوق أقوى عند المعتبرين للمفهوم فلا يتحقق المعارضة أيضا (قوله أراد ماذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ) الاكل

أقول فيه بحث بل الظاهر أن المراد ثبوت التعليم عنده عند غلبة ظن الصائد أنه معلم وفى رواية أخرى موافقة المذهبهما ثبوته بترك الاكل ثلاث مرات (قال المصنف لان الحرمة لا ينسى أصلها) أقول فيه بحث

الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضى قبل القضاء (ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده) لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا أكل من الصيد (ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل) لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له (ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها اليه فأكلها يؤكل ما بقى) لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا ألقى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لانه ما أكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية (ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل) لانه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد (ولو ألقى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد) لانه لو أكل من نفس الصيد فى هذه الحالة لم يضره فاذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه أكل فى حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس

صرح به المصنف من قبل فتامل (قوله وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه وأكل منه لانه ما أكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته) قال صاحب العناية وطولب بالفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه وأكل وبين ما أكل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضا بقتله وأجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى أخذه صاحبه دل أنه كان ممسكا على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر فى مخلاة صاحبه سواء وأما اذا أكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه انتهى كلامه أقول هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها نقض ماذكره المصنف فى تعليل مسئلة الوثبة من أنه ما أكل من الصيد بما اذا أكل بعد ما قتل فان ذلك التعليل متمش فى صورة القتل أيضا اذ الصيد كما يخرج عن الصيدية باخذ صاحبه يخرج أيضا بقتله فلم يتحقق الاكل من الصيد فى الصورتين معا مع أنهما مفترقان فى الحكم وحاصل الجواب المذكور بيان فرق بينهما من جهة أخرى غير ماذكره المصنف فى التعليل ولا يذهب عليك أن ذلك لا يدفع ورود المطالبة المذكورة على ماذكره المصنف فى التعليل ولقد أحسن صاحب النهاية ههنا فى التقرير حيث قال فوجه الفرق بين هذا وبين ما اذا أكل الكلب من الصيد بعد أن قتله قبل أن يأخذ الصائد حيث لا يؤكل وفى هذه الصورة وهى ما أكل منه بالوثبة بعد أخذ الصائد يؤكل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لانه ما أكل من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افترقتا فى الحكم والاوجه فيه هو ان الفرق انما ينشأ بينهما من حيث وجود الامساك لصاحبه وعدم الامساك له فههنا أى فى مسئلة الوثبة لما لم يأكل من الصيد الى أن أخذه صاحبه قد تم امساكه على صاحبه وهناك لما أكل من الصيد بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه علم انه انما أمسكه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من أن يكون معلما انتهى فانه طعن فى التعليل المذكور فى الكتاب بشموله للصورتين مع افتراقهما فى الحكم وبين وجها آخر فارقا بينهما وعده أوجه لكونه سالما عن ورود

وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود) لانه بالاكل وتحقيقه أن حكم الاباحة فى المحرز انما يثبت عند الاكل لانها مبنية على كون الكلب معلما وذلك ثابت بالاجتهاد على ما قالا فكان وهما واحتمالا والموهوم يعتبر عند الضرورة وذلك عند الاكل فلم تكن الاباحة ثابتة قبله فلو اعتبر هذا الاجتهاد لا يؤدى الى ابطال حكم أمضى بالاجتهاد وباجتهاد مثله بل يؤدى الى المنع فصار كظهور راجتهاد آخر للقاضى قبل القضاء (قوله ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا) أى دعاه فلم يجبه ثم صاد اى ثم عاد الى صاحبه فصاد لا يؤكل صيده وما صاده قبل الرجوع الى صاحبه فلا شبهة فى أنه لا يؤكل لعدم الارسال (قوله لانه لم يبق صيدا) لان الصيد اسم للمتوحش غير محرز وقد زال التوحش بالقتل وزال عدم احرازه بالاحراز فالتحق بسائر أطعمته وأكله من سائر أطعمته لا يدل على جهله فههنا كذلك (قوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك) لانه

(ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد) يعنى بعد ما رجع الى صاحبه لم يؤكل وأما قبل الرجوع اليه فلا شبهة فى حرمة ما صاده لانتفاء الارسال ومسئلة الوثبة فى الكتاب معلومة وطولب بالفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه وأكل وبين ما أكل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضا بقتله وأجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى أخذه صاحبه دل أنه كان ممسكا على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر فى مخلاة صاحبه سواء وأما اذا أكل قبل الاخذ فقد كان ممسكا على نفسه

قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه الخ) المرسل ان أدرك الصيد حيا فلا يخلو اما أن تمكن من ذبحه أولا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه بينة أو خفية وان ذبح حل فى قول أصحابنا جميعا وكذلك حكم البازى والسهم وذلك لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود بالبدل اباحة الاكل ولم يثبت قبل موته والقدرة على الاصل قبل ذلك تبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم الآلة أو ضيق الوقت فاما ان يكون فيه من الحياة فوق ما يكون فى المذبوح أولا فان كان لم يؤكل فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يؤكل وهو قول الشافعى رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ الفرض أنه لم يتمكن من الذبح فصار كمن رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه ظاهر الرواية أنه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه تثبت يده على المذبوح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره أى اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم فى الكياسة والهداية فى أمر الذبح فمنهم من يتمكن فى ساعة ومنهم من لا يتمكن فى أكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فادير على ما ذكرناه من ثبوت اليد على المذبح وان لم تكن الحياة فيه فوق ما تكون فى المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات أكل لانه ميت حكما ألا ترى أنه لو وقع فى الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح أى ليس بمحل للذبح فلم تثبت يده على الذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما تكون فى المذبوح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لانه مفرط وان كان لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعى والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفرط فكان حلالا وقلنا وقع فى يده وهو حى حقيقة وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار فان قيل وضع المسئلة فيما تكون الحياة فيه فوق ما تكون فى المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح أجيب بان المقدار الذى يكون فى المذبوح بمنزلة العدم لكون الصيد فى حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فكان عدم التمكن متصورا (وهذا) أى ما ذكرنا من اقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيما اذا كان بقاؤه متوهما

البضعة قد يكون لبا كلها وقد يكون حيلة فى الاصطياد لضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثانى فلا يدل على جهله قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازى والسهم) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه أما اذا وقع فى يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون فى المذبوح لم يؤكل فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يحل وهو قول الشافعى لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر أنه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم فى الكياسة والهداية فى أمر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقى فيه من الحياة مثل ما يبقى فى المذبوح لانه ميت حكما ألا ترى أنه لو وقع فى الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيها تفصيلا وهو أنه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن بضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعى لانه اذا وقع فى يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه

المطالبة بالفرق بينهما ثم أقول التحقيق أن المطالبة بالفرق بين تينك المسئلتين ساقطة عما ذكر فى الكتاب أيضا لان المصنف تدارك دفعها بقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية فان وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو أن الصيد اسم لمتوحش غير محرز فقد زال التوحش بالقتل وبقى عدم الاحراز قبل أن يحرزه المالك فما بقى شئ من آثار الصيد ولوازمه يبقى حكم الصيدية فيه فظهر الفرق بين مسئلة الوثبة وبين ما اذا أكله بعد أن قتله قبل أن يأخذه الصائد تامل ترشد (قوله وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازى والسهم) اعلم أن قوله وان أدرك المرسل الى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدورى فى مختصره وقوله وكذا البازى

بقيت فيه جهة الصيدية أى باعتبار عدم الاحراز (قوله أما اذا وقع فى يده ولم يتمكن من ذبحه) اما الفقد الآلة أو ضيق الوقت وفقد الآلة أن لا يجده أصلا وضيق الوقت أن تكون الآلة موجودة الا أنه لا يبقى من الوقت ما يتمكن فيه من الاشتغال بتحصيل الآلة والاستعداد للذبح (قوله ووجه الظاهر انه قدر اعتبار لانه ثبتت يده على المذبح) يعنى ان حكم القدرة على الاصل يدار على الوقوع فى يده حيا لتعذر الوقوف على حقيقة القدرة والعجز لتفاوت أحوال الناس فى الهداية فى أمر الذبح وعدمها واهتداؤنا ان الحل اذا سقط وضاق الوقت عن الذبح فى المذبح لجرحه فى غير المذبح حتى مات لا يحل لوجود ما يقوم مقام القدرة على ذكاة الاختيار وهو حصوله فى يده حيا (قوله والميت ليس بمذبح) أى ليس بمحل للذبح لان ما بقى اضطراب

(قوله أو خفية) أقول المراد بالحياة الخفية ههنا ما هو فوق حياة المذبوح لا ما هو مثلها أو دونها والا لا تجب الذكاة كما يجىء

أما اذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع فى يد صاحبه حل لان ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة فى الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما أما عند أبى حنيفة فلا يؤكل أيضا لانه وقع فى يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا الذى ذكرنا اذا ترك التذكية فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبى حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذى بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند أبى يوسف اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه (ولو أدركه ولم يأخذه فان كان فى وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل) لانه صار فى حكم المقدور عليه (وان كان لا يمكنه ذبحه أكل) لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد (وان أدركه فذكاه حل له) لانه ان كان

والسهم زيادة من المصنف فاقول هذه الزيادة من المصنف ههنا أمر زائد مستغنى عنه جدا عندى أما قوله وكذا البازى فظاهر لان قول القدورى وان أدرك المرسل الصيد حيا يتناول صيد الكلب وصيد البازى وليس فيه شئ يقتضى اختصاصه بالاول فلا حاجة الى ذكر قوله وكذا البازى بل لا وجه له وأما قوله والسهم فلان حكم مسئلة السهم سيجىء فى باب الرمى مفصلا ألا يرى الى قوله هناك واذا سمى الرجل عند الرمى أكل ما أصاب اذا أخرج السهم فمات وان أدركه حيا ذكاه انتهى فلا حاجة الى بيانه ههنا (قوله وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه) قال صاحب النهاية والكفاية أراد بقوله ما قررناه قوله لان ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية أشار بذلك الى قوله لانه ميت حكما أقول الحق ما قاله الشارحان الاخيران لان قوله لان ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل لحكم أكل ما شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع فى يد صاحبه ولم يفرق أحد فى تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبوح وبين ما لا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كلهم مما بقى فيه اضطراب المذبوح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لانه لا معتبر بهذه الحياة تعليل لحكم أحدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فكيف يتم أن يريد بقوله فى ذيل هذا التعليل على ما قررناه ما يعمهما معا بخلاف قوله لانه ميت حكما لانه تعليل لحل أكل ما بقى فيه من الحياة مثل ما بقى فى المذبوح لا فوق ما يبقى فى المذبوح وما لا يبقى فيه من الحياة فوق ما يبقى فى المذبوح بما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فتنتظم الاشارة اليه ههنا بقوله على ما قررناه تدبر تفهم

المذبوح لا الحياة المعتبرة وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو أنه اذا لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل لان التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهما الله يحل استحسانا وهو قول الشافعى رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل لضيق الوقت فبقيت ذكاة الاضطرار موجبة للحل وبالاستحسان أخذ القاضى فخر الدين قاضيخان رحمه الله (قوله ردا الى المتردية) أى قياسا عليه واعتبارا به والمتردية التى تقع فى البئر أو تسقط من الجبل ونحوه والجامع عدم نوعى الذكاة الاضطرارية والاختيارية وذلك فى المتردية ظاهر وكذلك فيما نحن فيه لانه لما وقع فى يده حيا بطل الذكاة الاضطرارى ولم يوجد الذكاة الاختيارى فصار نظير المتردية فلا يؤكل (قوله فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبى حنيفة رحمه الله) هذا ليس لبيان الخلاف بل هذا لبيان الاجماع لانه ان كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبى حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح وقد وجد وعندهما حل بلا ذبح (قوله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة الى آخره) أى يحل عند أبى حنيفة رحمة الله عليه بالذكاة وعليه الفتوى أى على قول أبى حنيفة رحمه الله لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل بين ان يكون للمذبوح حياة خفية أو بينة (قوله على ما قررناه) أراد به قوله لان ما بقى اضطراب المذبوح (قوله ولو أدركه ولم يأخذه) المسائل المتقدمة فيما اذا أدركه وأخذه

أما اذا شق الكلب المعلم بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع فى يد صاحبه ولم يذركه حل لان ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة فى الماء بعد ما ذبحت (وقيل) هو قول أبى بكر الرازى (هذا قولهما أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يؤكل هذا أيضا لانه وقع فى يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية) أى اعتبارا بها (هذا الذى ذكرنا) انه لا يؤكل عنده اذا شق بطنه وأخرج ما فيه (اذا ترك التذكية فاما اذا ذكاه فقد حل أكله عنده رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذى بقر) أى شق (الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة) اذا ذبح حل عنده (وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل) وعند أبى يوسف لا بد من حياة بينة وهى أن يكون بحال يعيش مثله فاما اذا لم يكن كذلك فلا يحل أكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد لا بد من حياة بينة وهو أن يكون بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل أكله والا فلا (لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه) اشارة الى قوله لانه ميت حكما وقيل الى قوله لان ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله (ولو أدركه ولم يأخذه)

فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح (واذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل) وقال مالك لا يحل لانه أخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا أنه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (ولو أرسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة) لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية أخرى حتى لو أضجع احداهما فوق الاخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة (ومن أرسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل) لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال (وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو أخذ الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعا) لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه وأصاب آخر (ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني) لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم (ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شئ ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل) وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكين لما بيناه في الكلب (ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدري أرسله انسان أم لا لا يؤكل) لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال (وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل) لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على أنه لا يحل بالكسر وعن أبي حنيفة أنه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول أن المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال (وان شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل) لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا أو احتياطا (ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره أكله) لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة (ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه أشد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله

(قوله وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح) على ما ذكرناه وهو قوله لانه وقع في يده حيا (قوله لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به) أي لا يقدر الكلب على الوفاء باخذ العين اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره لان ما لا يدخل تحت القدرة سقط اعتباره كما قلنا في البازي انه سقط اعتبار ترك الاكل لاستحالة تعليمه ولا يقال جاز ان يكون مقصوده المعين لانا نقول لو كان مقصوده المعين كان باعتبار انه صيد لا باعتبار أنه هو (قوله لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه) أي في أوائل كتاب الذبائح حيث قال وفي الصيد عند الارسال والرمي (قوله بخلاف ذبح الشاتين) أي على التعاقب بتسمية واحدة (قوله وكذا الكلب اذا اعتاد عادته) أي عادة الفهد (قوله بخلاف ما تقدم) وهو قوله فكمن حتى يتمكن (قوله ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شئ الى آخره) من عادة البازي انه يقع على شئ وينظر الى صيده الثانية من الجانب الذي يتمكن من اخذه فهو بمنزلة كمين الفهد فلا ينقطع به فور الارسال (قوله فيغلب جهة الحرمة نصا) أي بالنص وهو قوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام في شئ الا وقد غلب الحرام الحلال أو احتياطا لان الحرام واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط في الترك (قوله ولو رده عليه الكلب الثاني) أي ولو رد الكلب الثاني الصيد على الكلب الاول يعني اذا كان الصيد يفر من الكلب الاول فاستقبله كلب آخر غير معلم فرده حتى اخذه الكلب الاول يكره أكله قيل كراهة تنزيه وقيل كراهة تحريم وهو اختيار شمس الائمة الحلواني فالحاصل ان ههنا فصولا ثلاثة في الاول الحرمة وهو فيما

يريد أن المسائل المتقدمة كانت فيما أخذه الصائد وههنا أدركه ولم يأخذه وقوله (على ما ذكرناه) اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا قوله (واذا أرسل كلبه المعلم على صيد) يعني صيدا معينا (فأخذ غيره حل) يعني ما دام في وجه ارساله وقوله (ولنا أنه) أي شرط التعيين (شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد) والجميع بالنسبة الى هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون مقصوده صيدا معينا أجيب بأنه متعذر اذ لا يقدر الصائد أو الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله (على ما بيناه) يعني في أوائل كتاب الذبائح حيث قال تشترط عند الارسال والرمي وقوله (ولهذا تشترط التسمية عنده) أي عند الارسال وقوله (فيغلب جانب الحرمة نصا)

لا

أي بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال وههنا ثلاثة فصول أحدها ما اشترك فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما رويناه والثاني ما اشتركا فيه في الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة لان جهة الحل أرجح لان المعلم تفرد بالجرح والثالث ما لم يشتركا في شئ لكن الثاني أشد أي حمل على الاول حتى اشتد على

الصيد وفيه الاباحة لان الثاني لم يشارك الاول في شئ من الصيد وانما أثر في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الاول لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع قال (واذا أرسل المسلم الخ) الاصل في هذا أن الفعل يرفع بالاقوى والمساوي دون الادنى فاذا أرسل المسلم كلبه فزجره أي أغراه المجوسي حل أكله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء وأجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى (واذا أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل كذلك ولهذا) أي ولان الزجر دون الارسال (لم يثبت به أي بالزجر شبهة الحرمة) يعني في الصورة الاولى مع أن الحرمة أسرع ثبوتا لغلبة الحرمة على الحل فلأن لا يثبت به الحل يعني بزجر المسلم وقوله (لان الزجر مثل الانفلات) يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف

لا بأس بأكله) لان فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال (واذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده) والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال (ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر بزجره لم يؤكل) لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي (وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس بأكله) لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا (ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله أكل وكذا اذا أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه أحدهما وقتله الآخر أكل) لما بينا (والملك للاول) لان الاول أخرجه عن حد الصيدية الا أن الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم

(قوله ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال بعض الفضلاء لك أن تقول لا تمس الحاجة الى الرفع بل تكفي المشاركة في اثبات الحرمة أو شبهها اهـ أقول ليس هذا بوارد لان الارسال أصل والزجر تبع والتبع لا يعد مشاركا للاصل في ترتب الحكم وقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة السابقة حيث قال لان فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان

اذا شارك الكلب المعلم كلب غير معلم في الاخذ والجرح وفي الثاني الكراهة وهو فيما اذا عاونه غير المعلم في اخذ الصيد ولم يشاركه في الاخذ والجرح بل رد الصيد اليه حتى اخذه الاول فلما انفرد الاول في الاخذ والجرح غلب جانب الحل فاوجب اعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة لعدم المشاركة في الاخذ والجرح وفي الثالث الاباحة وهو فيما اذا ازداد اشتداد الاول بسبب غير المعلم فلم يوجب الحرمة ولا الكراهة لعدم مشاركته واعانته في الصيد بل كان اثر فعله في الكلب لا في الصيد فلم يوجب الكراهة في الصيد لذلك (قوله كما في نسخ الآي) فان نسخ الحكم انما يكون بالمحكم ولا يكون نسخ المحكم بالمجمل (قوله ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل) يعني اذا ارسل المسلم فزجر المجوسي لم تثبت شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل فيما اذا زجره المسلم بعد ارسال المجوسي لان الحرمة اسرع ثبوتا لان مبناها على الاحتياط فلما لم يؤثر فيما هو اسرع ثبوتا فلان لا يؤثر فيما هو ابطأ ثبوتا وهو الحل أولى (قوله لان الزجر مثل الانفلات) من حيث ان كل واحد منهما غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال والقياس ان لا يحله بزجر المسلم لان زجره ليس بارسال وبدون الارسال لا يحل لانه شرط وجه الاستحسان انه لما انزجر بزجره جعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال فان قيل الزجر بناء على الانفلات فكان الزجر دون الانفلات والشئ لا يرتفع بما هو دونه كما في الارسال والزجر قلنا الزجر مثل الانفلات لانه وان كان فوقه بحسب السبق فهو دونه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا اما الارسال فهو سابق وفعل المكلف والزجر لاحق وان كان فعل المكلف فكان دونه فلا يرتفع به (قوله فقتله الآخر لما بينا) اشارة الى قوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت

الارسال وقوله (لانه ان كان دونه) يعني أن الانزجار ان كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متأخر فيجعل ناسخا وقوله (وقذه) أي جرحه جراحة أثخنته وقوله (لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح)

(قال المصنف ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله) أقول لك أن تقول لا تمس الحاجة الى الرفع بل تكفي المشاركة في اثبات الحرمة أو شبهها (قوله ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء) أقول ولو لم يعتبر الزجر لم يجب الجزاء

دليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التى قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الاثخان الذى أخرجه من الصيدية فكان الواجب أن لا يحل أكله لان الصيد بعد الاثخان ملحق بالدواجن فيحل بالذبح لا بضرب الكلب وجوابه أنه تعذر رفعه وما تعذر رفعه تقرر عفوه وقوله (بجرح الكلب الاول) يعنى أنه لا يؤكل لان الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح فى

المذبح لا بجرح الكلب فجرح الكلب فى مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة تغلب الحرمة والله أعلم

(فصل فى الرمى) لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع فى بيان حكم الآلة الجمادية والحس الصوت الخفى (ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبه أو بازيه فاصاب صيدا) ظبيا مثلا فان تبين أن المسموع حسه آدمى أو بقر أو شاة لم يحل الظبى المصاب مثلا فى قولهم جميعا لانه أرسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كأنه رمى الى آدمى عالما به فاصاب صيدا فانه لا يؤكل (وان تبين أن المسموع حسه صيد حل المصاب أى صيد كان) المسموع حسه يعنى سواء كان مأكول اللحم أو لم يكن (لانه قصد الاصطياد وعن أبى يوسف أن المسموع حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة فى شئ منه بخلاف سائر السباع لانه) أى الاصطياد (يؤثر فى جلدها وزفر خص منها) أى من

بخلاف ما اذا كان الارسال من الثانى بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

(فصل) فى الرمى (ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب) أى صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن أبى يوسف أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة فى شئ منه بخلاف السباع لانه يؤثر فى جلدها وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا

تبع الفعل لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع اهـ ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلا نسلم كفاية مجرد المشاركة فى اثبات الحرمة وشبهها بل لا بد من أن يكون اللاحق وهو الزجر ههنا أقوى من السابق أو مساويا له حتى يرفع به السابق وأما اذا كان أدنى منه فلا تأثير له فى الحكم وقد أشار اليه المصنف فى تعليل المسئلة اللاحقة حيث قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى أن لا يثبت به الحل اهـ قال فى العناية ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء وأجيب بان الجزاء فى المحرم بدلالة النص فانه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى أقول لقائل أن يقول هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقويه فانه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم اذا زجر كلب حلال عند ارساله تقرر أن ينتقض به الاصل الذى ذكروه من عدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دون الارسال ويمكن أن يقال المراد من الجواب المذكور أن الاصل الذى ذكروه انما هو على موجب القياس ووجوب الجزاء على المحرم فى الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على أن القياس يترك بالنص وهذا لا يقدح فى كلية الاصل المذكور المبنى على القياس تفكر (قوله وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر وأخذ الصيد فلا بأس بأكله لان الزجر مثل الانفلات) قال جمهور الشراح يعنى من حيث ان كل واحد غير مشروط فى حل الصيد بخلاف الارسال انتهى أقول ليس هذا الشرح بسديد عندى اذ لم يكن الكلام فيما سبق فى كون الفعل الغير المشروط فى حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط فى حله أو بما هو مثله بل كان الكلام فى كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه فى القوة أو بما هو مثله فيها كما فى نسخ الآتى فالوجه ههنا أن يقال يعنى أن الزجر مثل الانفلات فى القوة والضعف وتعليل المصنف اياه بقوله لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر

(فصل فى الرمى) لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع فى بيان حكم الآلة الجمادية وقدم وجه التعليم فجعل عفوا (قوله بخلاف ما اذا كان الارسال من الثانى بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول) حيث لا يحل اكله لان الصيد بعد ان خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد ذلك بالذبح فى المذبح فجرح الكلب فى مثله موجب للحرمة فلما اجتمع فيه الموجب للحرمة والموجب للحل يغلب الموجب للحرمة وكذلك حكم الرمى على التفصيل على ما يجىء ان شاء الله تعالى

(فصل فى الرمى) (قوله ومن سمع حسا) أى صوتا خفيا ظنه حس صيد أى ظن ان المسموع حس صيد فرمى فاصاب صيدا أى غير الذى سمع صوته لان النكرة اذا اعيدت نكرة كان الثانى غير الاول ثم تبين انه حس صيد أى تبين ان المسموع حس صيد يحتاج فى أكله الى الذبح أو الجرح ويحترز بهذا القيد عما اذا ظنه طير الماء فظهر انه سمكة أو صيدا فظهر انه جراد لم يؤكل المصاب فى رواية ويؤكل فى أخرى (قوله أى صيد كان) أى المسموع حسه أى صيد كان يؤكل لحمه أم لا (قوله وعن أبى يوسف رحمه الله انه خص من

جملة المسموع حسه (ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة) فكان هو والآدمى سواء (ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول) وما هو كذلك فالمأكول وغيره بالنسبة اليه سواء فاذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا اذ الاصطياد فعل وهو

(فصل فى الرمى) (قال المصنف لان الارسال فيه ليس للاباحة) أقول الاظهر أن يقال لان الرمى لان الفصل فصله

مباح فى نفسه يفيد اباحة المصاب بشرط قبوله الاباحة حتى لو لم يقبلها كما اذا كان خنزيرا لم تثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا واذا قبلها فان كان مما يحل تناوله تثبت اباحة تناوله لغير السباع من البهائم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله تثبت اباحة جلده فثبت أن فعله وقع اصطيادا واباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس بمخرج له عن ذلك واذا وقع اصطيادا كان كأنه رمى الى صيد فاصاب غيره وقوله (وان تبين أنه حس آدمى) قد مناه آنفا وقوله (لان الفعل ليس باصطياد) اذ الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالداجن الذى يأوى البيوت أهلى والظبى الموثق أى المشدود بالوثاق بمنزلته أى بمنزلة الآدمى لما بينا أن الفعل ليس باصطياد ثم اذا جهل توحش المقصود برميه يعتبر فيه الاصل وعلى هذا تخرج المسئلتان المذكورتان فى الكتاب وقوله (وفى أخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما) يشير الى أن كون ما تبين حسه من الصيود من شرطه أن يكون حل أكله مشروطا بالذبح حتى لو سمع حسا فظنه صيدا فرماه فاصاب ظبيا ثم تبين أن المسموع حسه سمكة لم يؤكل الصيد ولو سمع حسا وظنه آدميا ورماه فاصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع تعين كونه صيدا فان

قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التى تقدمت وهى أن من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فاصاب صيدا ثم تبين أنه حس آدمى أو حيوان أهلى لا يحل المصاب مع أنه لم يقصد رمى الآدمى وفى هذه المسئلة قصد رمى الآدمى ورمى الآدمى ليس باصطياد وقد حل المصاب والقياس اما شمول الحل أو شمول عدمه أو انعكاس الجواب فى المسئلتين وذلك أنه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بانه آدمى ففيما اذا اقترن ظنه بانه صيد أولى أو لانه لم يقع فعله اصطيادا نظرا الى قصده فلا يحل المصاب ههنا وحل هناك لذلك أجيب بان الفرق ما أشار اليه بقوله لانه لا معتبر بظنه مع تعينه أى تعين كونه صيدا وبيانه أن فى المسئلة الاولى أصاب سهمه غير المسموع حسه والمسموع حسه ليس

وهو فعل مباح فى نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى الى صيد فاصاب غيره (وان تبين أنه حس آدمى أو حيوان أهلى لا يحل المصاب) لان الفعل ليس باصطياد (والطير الداجن الذى يأوى البيوت أهلى والظبى الموثق بمنزلته) لما بينا (ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدرى وحشى هو أو غير وحشى حل الصيد) لان الظاهر فيه التوحش (ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدرى ناد هو أم لا لا يحل الصيد) لان الاصل فيه الاستئناس (ولو رمى الى سمكة أو جرادة فاصاب صيدا يحل فى رواية عن أبى يوسف) لانه صيد وفى أخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما (ولو رمى فاصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل) لانه لا معتبر بظنه مع تعينه (فاذا سمى الرجل عند الرمى أكل ما أصاب اذا جرح السهم فمات) لانه ذابح بالرمى لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه قال (واذا أدركه حيا ذكاه) وقد بيناها بوجوهها والاختلاف فيها فى الفصل الاول فلا نعيده

تقديم الاول (قوله والظبى الموثق بمنزلته) قال أكثر الشراح منهم صاحب العناية أى بمنزلة الآدمى أقول هذا التفسير ليس بجيد اذ الظاهر أن الظبى الموثق بمنزلة الحيوان الاهلى دون الآدمى اذ لا مناسبة بين الانسان والحيوان بخلاف الحيوانين فان قلت المراد بكون الظبى الموثق بمنزلة الآدمى مجرد كونه غير صيد كالآدمى لا الاشتراك فى جميع الاوصاف فلا محذور فى جعله بمنزلة الآدمى قلت لو كان مراد المصنف هذا المعنى لقال والطير الداجن الذى يأوى البيوت والظبى الموثق بمنزلته اذ لا فرق بينهما فى مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والطير الداجن الذى يأوى البيوت أهلى والظبى الموثق بمنزلته علم أن المراد ليس مجرد أن لا يكون صيدا بل الاشتراك فى بعض الاحوال أيضا فالوجه فى تفسير قول المصنف والظبى الموثق بمنزلته ما ذكره صاحب الغاية حيث قال أى الظبى المقيد بمنزلة الطير الداجن الذى يأوى البيوت اهـ

ذلك الخنزير) أى ان كان الحس حس خنزير لا يحل تناول ما أصابه من الصيد بخلاف سائر السباع لان فعله فى سائر السباع مؤثر فى طهارة الجلد فجاز أن يؤثر فى اباحة لحم ما أصابه (قوله والظبى الموثق بمنزلته) أى بمنزلة الداجن لما بينا أى لان الفعل ليس باصطياد (قوله لانه معتبر بظنه مع تعينه) وهذا بخلاف ما اذا أصاب سهمه صيدا والمسموع حسه انسان وقد ظنه صيدا حيث لا يحل المصاب لان رميه هنا توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وفيما اذا أصاب المسموع حسه وانه صيده وقد توجه رميه اليه

بصيد فكان فعله متوجها الى غير الصيد نظرا الى فعله الذى توجه للمسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكله لانعدام فعل الاصطياد وأما ههنا فسهمه أصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر ظنه ذلك المخالف لفعله الذى هو اصطياد بحقيقته والظن اذا وقع مخالفا الحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل أكل المصاب لوجود فعل الاصطياد وقوله (على ما بيناه) يعنى فى فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح فى ظاهر الرواية الخ

(قوله والظبى الموثق أى المشدود بمنزلته أى بمنزلة الآدمى) أقول ولعل الاولى أى بمنزلة الاهلى (قوله نظرا الى فعله الذى توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد) أقول فكان ظنه ههنا أيضا مخالفا الحقيقة فعله فلا يعتبر الظن فلا يكون فعله صيدا

وقوله (فتحامل) التحامل في المشي ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت في المشي وقوله (حتى أصابه ميتاً أكل) قيل اذا وجده وفيه جراحة سهمه لا غير وأما اذا وجده وفيه جراحة أخرى فليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك كما سيجيء لانه ظهر لموته شيآن أحدهما يوجب الحل والآخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي يؤكل لانه ظهر لموته سبب ظاهر وهو ما كان معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا قلنا لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوما والموهوم في هذا كالمحقق لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته قاله حين أهدى رجل اليه عليه السلام صيدا فقال من أين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزراقي وهو الرمح الصغير فقال عليه الصلاة والسلام لا أدري لعل هوام الارض قتلته الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتا وقوله (ولان احتمال الموت) دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه أيضا أجاب بقوله الا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان الاصطياد لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن توار يكون بسبب عمله وقوله (والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل) يعني وان رأى فيه أثر سبع واحتج على ذلك بانه سمع أهل العلم كذلك وكانه بنى الامر على الغالب لانه اذا بات عنه قعد عن طلبه غالبا ووجه كون ما رويناه حجة عليه انه كره أكل الصيد اذا غاب عن الرامي فان قيل ان كان ما روى عنه عليه السلام

(٥٨)

من كراهته أكل الصيد اذا غاب عن الرامي حجة عليه فقوله عليه الصلاة والسلام لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما مر من قصته فانه عليه

قال (واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً أكل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل) لما روي عن النبي عليه السلام أنه كره أكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لان الموهوم في هذا كالمحقق لما روينا الا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لم يحل

(قوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل) قال الزيلعي في شرح الكنز وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد

وقع فعله اصطيادا فلم يعتبر ظنه انه انسان مع تعينه للرمي (قوله فتحامل) التحامل في المشي ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت في المشي ومنه ربما يتحامل الصيد ويتطير أي يتكلف الطيران والتحامل أيضا الظلم يقال تحامل على فلان اذا لم يعدل الا ان الاول يحمل نفسه على تكلف المشي والثاني يحمل الظلم على الآخر (قوله الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه) فان قيل يكون في اسقاط اعتباره تخصيص العلة اذ العلة منصوصة وهو قوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته وتخصيص العلة لا يجوز قلنا هذا ليس بتخصيص العلة بل هذا تخصيص النص وانه جائز ولانا نقول العلة انما تكون علة عند تعريها عن الحرج العظيم وفي اعتباره حرج عظيم فلا تكون العلة متحققة فلا يكون تخصيص العلة

(قوله كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا) أقول لم يظهر فيما ذكره للموت سبب آخر غير الجرح بخلاف المسئلة المذكورة (قوله وهو كما يدل على حرمة ذلك الخ) أقول في دلالته على التحريم كلام ثم قوله على حرمة ذلك أي حرمة ما فيه جراحة أخرى (قوله لان الموهوم كالمحقق لما روينا) أقول فلا يكون هذا دليلا مستقلا (قال المصنف والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل) أقول وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه أشار صاحب الهداية أيضا بقوله والذي رويناه حجة على مالك في قوله وان توارى عنه اذا لم يبت ليلة يحل فاذا بات لا يحل وهذا يشير الى أنه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله في أول المسئلة واذا وقع الصيد بالسهم فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل فبنى الامر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا أكثر كتب فقه أصحابنا ولو حمل ما ذكره على ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر كذا في شرح الزيلعي أما نص عبارة قاضيخان فهي والسابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره الخ انتهى ونحن نقول ليس فيه جعل عدم التوارى شرطا بخصوصه كما ترى وما يدل عليه تعليله الذي ذكره من كونه شرطا بخصوصه فامره سهل اذ المراد اذا غاب عن بصره وهو قاعد عن طلبه بقرينة وضع المسئلة وأما اذا لم يقعد ففيه ضرورة فليتأمل وراجع النهاية فانه ذكر حديث ابن عباس رضي الله عنهما (قوله ووجه كون ما رويناه حجة عليه أنه كره أكل الصيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما مر) أقول فيه بحث لانه حجة عليه حيث أحله وان رأى فيه أثر سبع فان احتمال قتل الهوام مع أنه

(ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل) لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه قال (واذا رمى صيدا فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل) لانه المتردية وهي حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك (وان وقع على الارض ابتداء أكل) لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل أن سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حد هذه الاشياء قتله

أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه اه أقول ليس الامر كما زعمه الزيلعي فان الامام قاضيخان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التوارى عن بصره بخصوصه بل جعل من شرط ذلك أحد الامرين عدم التوارى عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعني الشرط السابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك اه ولا شك أن قوله والسابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التوارى عن بصره اذا لم يقعد عن طلبه بل انما يحرم بالتوارى عن بصره والقعود عن طلبه معا وأما قوله لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل فالظاهر أن المراد به أنه اذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه وأما اذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم امكان التحرز عن توارى الصيد عن بصر الرامي فكان في اعتبار عدم التوارى مطلقا حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص وقد أشار اليه المصنف بقوله الا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله وذكر في الشروح والكافي انه صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه اليه فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فسيأتي صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمها بين الرفاق اه (قوله وان وقع على الارض ابتداء أكل) قال في العناية

(قوله بخلاف وهم الهوام) فان احتمال قتل الهوام لازم في كل صيد يغيب عن عين الصائد فسقط اعتبار ذلك ما دام في طلبه كي لا ينسد باب الاصطياد عنه عدة بخلاف ما اذا وجد به جراحة سوى جراحة السهم حيث لا يحل لاحتمال الموت بها وهذا الاحتمال ليس بلازم في كل ما يغيب عن العين فلا يسقط عبرته (قوله واذا رمى صيدا فوقع في الماء أو على السطح أو على الجبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل) هذا اذا لم يقع الجرح مهلكا في الحال اما اذا وقع الجرح مهلكا والحياة التي بقيت في الصيد مثل الحياة في المذبوح بعد الذبح فوقع في الماء أو على السطح أو على الجبل ثم تردى الى الارض لم يضر بل يؤكل على ما قال في هذا الفصل ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم وانما قيد بقوله ثم تردى منه الى الارض لانه اذا وقع على الجبل ابتداء أو على السطح فاستقر عليه ولم يتردد تؤكل وفي الذخيرة واذا أصاب السهم الصيد فوقع على السطح أو على الارض من الهواء ومات فانه يؤكل استحسانا ولو وقع على السطح ثم على الارض فانه لا يؤكل

الصلاة والسلام قاله لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب أن الاصل أن خصوص السبب غير معتبر واعتبار قتل الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما وقوله (ولو وجد به جراحة) قدمناه والخلاف فيه وقوله (لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه) لان الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لا بد أن يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يجعل محرما اذا لم يقعد عن الطلب قال (واذا رمى صيدا فوقع في الماء الخ) كلامه واضح وهو في المعنى مقيد بان لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سيأتي قوله (وكذا السقوط من عال) وهو في بعض النسخ من علو وهو لغة في الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا وقوله (وان وقع على الارض ابتداء أكل) يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح

لا جراحة فيه اذا كان محرما ففيما اذا وجدت الجراحة أولى أن يكون محرما والظاهر أن يقول فكراهته صلى الله عليه وسلم لصيد من حال بينه وبين صيده ظلمة الليل حجة له

والقصبة المنصوبة على ماسيجيء (وقوله وذكر فى المنتقى) يريد بيان ماوقع من الاختلاف بين رواية الاصل وهى قوله أو صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروى فى الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة السرخسى رواية المنتقى على ماأصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروى فى الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا مايصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه وفى الجملة فليس فى المسئلة روايتان وهذا أى ماتعمله شمس الائمة أصح لان المذكور فى الاصل مطلق فيجرى على اطلاقه وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج الى الفرق بين الجبل والارض فى الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض أكل وقد ذكر أنه فى معناه وقوله (كما اذا وقع) أى غير المائى (فى الماء) وقوله (وما أصاب المعراض بعرضه) المعراض سهم لا ريش له يمضى عرضا فيصيب بعرضه لا بحده والبندقة طينة مدورة يرمى بها وقوله (اذا لم يخزق) بالزاى المعجمة تخزق المعراض أى نفذ وبالراء المهملة خطأ وقوله (وكذلك ان جرحه) يعنى اذا رماه بحجر فجرحه فان كان ثقيلا وبه حدة قالوا لا يؤكل لاحتمال أن قتله بثقله وان كان خفيفا وبه حدة أكل والمروة حجر أبيض رقيق كالسكين يذبح به والاللهم يستعمل عقيبه الا اذا كان المستثنى عزيزا نادرا ايذانا بانه بلغ فى الندرة حد الشذوذ

شرط

ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه أو على ماهو فى معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر فى المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروى فى الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسى رحمه الله على ماأصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروى فى الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا مايصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا أصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لا تنغمس فى الماء أكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع فى الماء قال (وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل) لقوله عليه السلام فيه ماأصاب بحده فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لابد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ماقدمناه قال (ولا يؤكل ماأصابته البندقة فمات بها) لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بحجر وكذا ان جرحه قالوا تأويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان رأسه أو قطع أوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك أو لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا باس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل فى هذه المسائل أن الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف أو بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ماأنهر الدم وأفرى الاوداج فكل

أخذا من النهاية يعنى اذا لم يكن على الارض مايقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ماسيجيء اه أقول هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية ههنا اذ الظاهر أن الوقوع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة ليس بوقوع على الارض ولهذا جعل المصنف الاول قسيما للثانى فيما سيجيء وعد الاول مما يمكن التحرز عنه والثانى مما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله ههنا وان وقع على الارض ابتداء ماوقع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة حتى يحتاج الى أن يقال يعنى اذا لم يكن على الارض مايقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ماسيجيء (قوله وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه قد تقرر فى كتاب الذبائح

لان هذه متردية (قوله وحمله شمس الائمة السرخسى رحمه الله) أى حمل شمس الائمة السرخسى رحمه الله ماذكر فى المنتقى على ما اذا أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وهذا سبب لموته سوى الذكاة وحمل المروى فى الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا مايصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وليس هذا باختلاف الرواية فى الصحيح المعراض السهم بلا ريش يمضى عرضا فيصيب بعرضه لا بحده كذا فى المغرب وفيه أيضا البندقة طينة مدورة يرمى بها ويقال لها الجلاهق (قوله فصار كالمعراض اذا لم يخزق) أى المعراض اذا لم يخزق لا يؤكل فكذا فى البندقة خزق المعراض أى نفذ وبالراء المهملة تصحيف والمروة حجر أبيض رقيق كالسكين له حد يذبح به (قوله اللهم الا اذا كان له حدة تبضع) اللهم كلمة يؤتى بها قبل الاستثناء اذا كان المستثنى عزيزا نادرا وكان قصدهم بذلك الاستظهار بمشيئة الله تعالى فى اثبات كونه ووجوده ايذانا بانه بلغ من

وقوله (قيل لا يحل) هو قول أبى القاسم الصفار ووجهه أن الدم النجس لم يسل فلا يكون بمعنى الذبح وقيل يحل وهو قول أبى بكر الاسكاف لوجود الذكاة بين اللبة واللحيين والدم قد يحتبس لغلظه أو لضيق المنفذ وقوله (وهذا يؤيد بعض ماذكرناه) يريد به قول أبى القاسم الصفار فانه شرط سيلان الدم قال (وان رمى صيدا الخ) اذا قطع بالرمى عضوا من الصيد أكل الصيد لما بينا ان الرمى مع الجرح مبيح وقد وجد ولا يؤكل العضو ان أمكن حياته بعد الابانة وان لم يمكن أكلا وقال الشافعى وهو مذهب ابن أبى ليلى ان مات الصيد منه أكلا لانه مبان بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان (والمبان منه كما اذا أبين الرأس بذكاة الاختيار) وذلك لان قطع أى عضو كان فى ذكاة الاضطرار كقطع الرأس فى ذكاة الاختيار والرأس يؤكل فى ذكاة الاختيار فكذا العضو المبان فى ذكاة الاضطرار (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ماأبين من الحى فهو ميت) ووجه الاستدلال انه ذكر الحى مطلقا والمطلق ينصرف الى الفرد الكامل والكامل هو الحى حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة يعنى أبين من الحى حقيقة وحكما أما حقيقة فلقيام الحياة به وأما حكما فلانه يتوهم حياته بعد ابانة هذا العضو ولهذا أى ولكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع فى الماء وفيه حياة بهذه الصفة لم يؤكل لجواز أن يكون موته بوقوعه فى الماء وقوله (أبين بالذكاة) ذكره ليجيب عنه بقوله قلنا وتقريره سلمنا ان ماأبين بالذكاة

(قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام ماأنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار الخ) أقول قال الاتقانى وهذا ضعيف عندى لانه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا وفى ذكاة الاضطرار كما لا يشترط فرى الاوداج فكذا لا يشترط الانهار انتهى وفيه بحث اذ لا ملازمة بينهما وعدم اشتراط الاول فى ذكاة الاضطرار بدليل ولا دليل فى الثانى (قوله وتقريره سلمنا الخ) أقول هذا التسليم لا يلزم أن يكون مسبوقا بالمنع ليرد أنه لا وجه له

شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فان أدماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ماذكرناه قال (واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد) لما بيناه (ولا يؤكل العضو) وقال الشافعى رحمه الله أكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا أبين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما أبين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ماأبين من الحى فهو ميت ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حى حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع فى الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح فى الباقى وعند زواله لا يظهر فى المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل لان المبان من

أن المقصود بالذبح هو اخراج الدم النجس وان الجرح فى أى موضع كان من البدن ذبح اضطرارى يصار اليه عند العجز عن الذبح الاختيارى وهو الجرح فيما بين اللبة واللحيين وان فى كل من الذبحين اخراج الدم الا أن الاختيارى أعمل فيه من الاضطرارى فكون الدم محتبسا لضيق المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضى حل أكل المجروح بالرمى بدون الادماء بل يقتضى حرمته بناء على عدم حصول المقصود بالذبح ويمكن الجواب بان معنى هذا التعليل أن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم فلا يمكن اخراجه ففى اعتبار الادماء حرج فاكتفى بما هو سببه فى الغالب وهو الجرح فتامل (قوله وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله صلى الله عليه وسلم ماأنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار) أقول لمانع أن يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عدم القول بمفهوم المخالفة تدبر تفهم وطعن فيه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وهذا ضعيف عندى لانه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا وفى ذكاة الاضطرار لا يشترط فرى الاوداج فكذا لا يشترط الانهار انتهى أقول ليس هذا بسديد لان عدم اشتراط فرى الاوداج فى ذكاة الاضطرار للعجز عنه ولزوم الحرج فى اشتراطه وهذا غير متحقق فى الانهار اذ لا عجز عن الجرح بلا ريب ثم ان الجرح لا ينفك عن الانهار فى الغالب فلا حرج فى اشتراط الانهار على رأى ذلك البعض فافترقا قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ماأبين من الحى فهو ميت ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة) قال

الندرة حد الشذوذ (قوله ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم) قيل لا تحل وهو قول أبى القاسم الصفار لانعدام معنى الذكاة وهو تسييل الدم النجس وقال عليه السلام ماأنهر الدم وأفرى الاوداج فكل وقيل تحل وهو قول أبى بكر الاسكاف وكان يقول لا بأس باكله لوجود فعل الذكاة على ماقال عليه السلام الذكاة مابين اللبة واللحيين وقد يحتبس بعض الدم فى العروق بحابس يحبسه كما اذا أكلت الشاة العنمات وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق فهذا مثله كذا فى المبسوط (قوله وهذا يؤيد بعض ماذكرنا) أى يؤيد قول أبى القاسم الصفار على ماذكرناه (قوله أكل الصيد لما بيناه) أى لما بينا ان الرمى مع الجرح مبيح فلما قطع العضو كان الجرح موجودا لا محالة فيحل (قوله وقال الشافعى رحمه الله أكلا ان مات الصيد منه) قيد به لانه لو لم يمت من القطع الذى حصل به الابانة واحتيج الى ذكاة أخرى فان المبان لا يحل (قوله ولا تبعية لزوالها) أى

يؤكل ولكن لاذكاة ههنا لان هذا الفعل وهو ابانة العضو حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح فى الباقى على وجه يمكن الحياة بعده اذ الغرض
ذلك والجرح يعتبر ذكاة اذا مات منه أو يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده ولهذا لو وجده وفيه من الحياة فوق ما فى المذبوح لابد من ذبحه وعند
زوال الروح وان كان ذكاة بالنسبة الى الصيد لكنه ليس بذكاة بالنسبة الى المبان لعدم تأثيره فى موته لفقد الحياة فيه حينئذ فان قيل فليكن
ذكاة للمبان بتبعية الاكثر اذ مات من ذلك القطع أجاب بقوله ولا تبعية يعنى الاقل يتبع الاكثر اذا لم ينفصل عنه وههنا قد انفصل فزالت
التبعية والاصل المذكور فى الكتاب ظاهر وقوله (والاكثر مما يلى العجز) احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلى الرأس فانه يؤكل الاكثر لا غير
وهذا لان الاوداج من القلب الى الدماغ فان أبان الثلث مما يلى العجز لم يقع الفعل ذكاة لعدم قطع الاوداج وانما وقعت بموته والجزء مبان
عند ذلك وأما اذا أبان الثلث مما يلى الرأس فقد وقع الذكاة بقطع الاوداج نفسه وحينئذ لم يكن الجزء مبانا والباقى ظاهر وقوله (ولا
يؤكل صيد المجوسى) مبناه ما تقدم أن غير أهل الكتاب من الكفار ليس بأهل للذكاة الاختيارية ولابد منها فى اباحة الصيد قال (ومن
رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه الخ) اعلم أن الرجلين اذا رميا صيدا فذلك ينقسم الى قسمين اما أن يرمياه معا أو متعاقبا والاول (٦٢)

على أوجه فانه اذا رمياه معا فاما أن يصيبا معا أو يصيب أحدهما أولا فان أصاب فاما أن يثخنه قبل اصابة الثانى أولا والثانى كذلك فانه اما أن رماه الثانى قبل اصابة السهم الاول أو بعدها فان كان الثانى فاما أن يثخنه الاول أو لم يثخنه والاول بوجوهه والوجه الاول من الثانى غير مذكور فى الكتاب وأنا أذكر ذلك تكملة للافادة فان رميا معا وأصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا و يؤكل لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمى فانه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة وأصابت الرميتان معا فاستويا فى

الحى حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحى صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى فى المبان منه حياة بقدر ما يكون فى المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع فى الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثه مما يلى القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة فى الباقى (ولو قده بنصفين أو قطعه أثلاثا والاكثر مما يلى العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان والمبان منه) لان المبان منه حى صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما أبين منه فهو ميت الا أن ميتته حلال بالحديث الذى رويناه (ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع الاوداج) و يكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضرب من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا أو رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتئام والاندمال فاذا مات حل أكله) لانه بمنزلة سائر أجزائه وان كان لا يتوهم بان بقى متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعانى قال (ولا يؤكل صيد المجوسى والمرتد والوثنى) لانهم ليسوا من أهل الذكاة على ما بيناه فى الذبائح ولابد منها فى اباحة الصيد بخلاف النصرانى واليهودى لانهما من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال (ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثانى و يؤكل) لانه هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن أخذ (وان كان الاول أثخنه فرماه الثانى فقتله فهو للاول ولم يؤكل) لاحتمال الموت بالثانى وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان الرمى الاول بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمى الثانى وأما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح كما اذا أبان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمى

الشراح يعنى أنه ذكر الحى مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحى حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة أى أبين من الحى حقيقة وحكما أقول المقدمة القائلة ان المطلق ينصرف الى الكامل شائعة

لزوال التبعية بالانفصال (قوله بالحديث الذى رويناه) وهو أحلت لنا ميتتان ودمان

السببية وذلك يوجب المساواة فى الملك وان رمياه معا فاصابه سهم أحدهما أولا فاثخنه أى أضعفه وأخرجه عن حيز الامتناع ثم الثانى
أصاب سهم الآخر فقتله فهو للاول وحل أكله عندنا خلافا لزفر هو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثانى أصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة
ونحن نعتبر المحل حالة الارسال لان الاصابة بالمحل تبيحه ولهذا تعين التسمية حالة الارسال والارسال قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثانى
حظر والملك حالة الاتصال لان الملك يتصل بالمحل وسهم الاول أخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل أن يتصل به الثانى

(قوله فان أصاب فاما أن يثخنه قبل اصابة الثانى أولا والثانى كذلك) أقول يعنى اذا رميا متعاقبا (قال المصنف أما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح) أقول الاظهر أن يقول فان لم يبق فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح يحل الخ وان بقى فيه أكثر مما يبقى فى المذبوح الخ فان ماذكره بقوله بان لا يبقى الخ تفصيل لقوله أما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد كما لا يخفى (قوله اعتبارا بحالة الرمى) أقول اعتبار حالة الرمى هنا ليس لانه لو اعتبر حالة الاتصال لم يحل فانه فى تلك الحالة أيضا صيد مباح بل لكون المنظور عند الثلاثة ذلك لدليل ساقهم اليه كما يذكره (قوله هو يعتبر حالة الاتصال) أقول يعنى الاتصال بالمحل (قوله والمحل صيد) أقول الواو حالية (قوله والملك حالة الاتصال) أقول عطف على قوله للحل فى قوله ونحن نعتبر المحل (قوله وسهم الاول أخرجه) أقول الواو حالية

وان لم يثخنه فهو للثانى وهو ظاهر وان رماه الثانى بعد ما رماه الاول قبل أن يصيب سهمه وهو الاول من القسم الثانى فحكمه حكم ما لو رمياه
معا هو لهما وحل أكله وأما المذكور فى الكتاب فقد أمعن المصنف فى بيانه ونشير الى بعض ألفاظه ان خفى فقوله (هذا) اشارة الى قوله ولم
يؤكل وقوله (وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدرى قال فى الزيادات الخ) بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم (٦٣)

الحل وحكمه أنه لم يؤكل لان احدى الرميتين تعلق بها حظر والاخرى تعلق بها الاباحة وانما لم يذكره المصنف لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صورة الجهالة وهى أن لا يدرى أن الموت حصل بايهما كصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فيضاف اليهما قيل كان الواجب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه وقوله (وان كان رماه الاول ثانيا) يعنى أن ما تقدم كان فيما اذا كان الرامى الثانى غير الرامى الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا قوله (فالجواب فى حكم الاباحة الخ) يعنى لا فى حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه والباقى واضح

(قوله وان لم يثخنه) أقول معطوف على قوله فاثخنه أى أضعفه الخ (قوله فحكمه حكم ما لو رمياه معا هو لهما

الثانى لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمى الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا أنه بقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما أو دونه فعلى قول أبى يوسف لا يحرم بالرمى الثانى لان هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد سواء فلا يحل قال (والثانى ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته) لانه بالرمى أتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمى المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضى الله عنه تأويله اذا علم أن القتل حصل بالثانى بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه والثانى بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثانى وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لا يدرى قال فى الزيادات يضمن الثانى ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه أما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولا وأما الثانى فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا وأما الثالث فلان بالرمى الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمى الثانى فهذا بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب فى حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامى غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثانى محرم كذا هذا قال (ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه

فى ألسنة الفقهاء وكتب أصحابنا لكنه المخالفة فى الظاهر ولما تقرر فى أصول أئمتنا من أن حكم المطلق أن يجرى على اطلاقه كما أن المقيد يجرى على تقييده فتأمل فى التوفيق. قوله قال رضى الله عنه تأويله اذا علم أن القتل حصل بالثانى بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه الخ) أقول لقائل أن يقول تأويل المسئلة ههنا بما ذكره بعد أن أولها مرة فيما قبل بقوله وهذا اذا كان الرمى الاول بحال ينجو منه الصيد يرى مستدركا لان مجموع التأويلين متعلق بمسئلة واحدة مذكورة فى مختصر القدورى وهى قوله وان كان الاول أثخنه فرماه

(قوله تأويله اذا علم ان القتل حصل بالثانى) فان علم انه مات من الاول فهو للاول وعلى الثانى ضمان ما نقصته جراحته لان الاول قد اصطاده والفعل من الثانى نقص ملك الاول فيضمن (قوله وأما الثالث فلان بالرمى الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمى الثانى) لان الاول لما أثخنه وأخرجه من حيز الامتناع صار بمنزلة شاة مملوكة لا يحل بذكاة الاضطرار و يحل بذكاة الاختيار ولو لم يكن رمى الثانى فهو بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه فان قيل لم لا يدخل ضمان نصف اللحم فى ضمان نصف قيمته فان من أتلف شاة غيره يضمن قيمتها ولا يضمن لحمها ثانيا قلنا لما مات الصيد يضمن نصف قيمة الصيد منقوصا بالجراحتين لانه يكون متلفا نصفه حيث أضيف الموت الى فعلها ولكن منقوصا بالجراحتين لان احداهما بفعل الغير والاخرى ضمنها مرة ثم انما يضمن قيمة لحم النصف الآخر لا الذى ضمنه مرة لان كل الصيد كان منتفعا فى حق صاحبه بواسطة الذكاة والثانى برميه أخرجه عن أن يكون منتفعا به فى حقه فعلم ان تكرر الضمان لا يكون بازاء محل واحد بخلاف المستشهد وان لم يعلم باى الجراحتين مات فهو كما لو علم بانه مات منهما لان كل واحد من الجراحتين سبب القتل ظاهرا فيضاف اليهما (قوله فالجواب فى حكم الاباحة) أى لا فى حكم الضمان لان

وحل أكله) أقول لابد ههنا من تفصيل فان ماذكره اذا أصاب السهمان معا وأما اذا أصاب الثانى بعد اصابة الاول فاما أن أثخنه الاول أو لم يثخنه (قال المصنف وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدرى) أقول هذا يوهم أن بين المسئلتين فرقا أعنى بين ما اذا حصل القتل بالثانى وحده أو بهما وليس كذلك بل لا فرق بينهما لانه فى الموضعين يضمن الثانى جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الاول الا أنه بين فى المسئلة الاولى جميع الحاصل وفى الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيخان أى عدم الفرق بين المسئلتين الى آخر ماذكره الامام الزيلعى فراجعه

من الحيوان ومالا يؤكل) لاطلاق ماتلونا والصيد لا يختص بمأكول اللحم قال قائلهم

صيد الملوك أرانب وثعالب * واذا ركبت فصيدى الابطال

ولان صيده سبب للانتفاع بجلده أوشعره أو ريشه أولاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

(كتاب الرهن)

الرهن لغة حبس الشئ باى سبب كان وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع بقوله تعالى فرهان مقبوضة

الثانى فقتله لم يؤكل والثانى ضامن لقيمته للاول غير مانقصته جراحته انتهى فلما أول المصنف قوله لم يؤكل بما اذا كان الرمى الاول بحال ينجو منه الصيد تعين أن يكون أيضا قوله والثانى ضامن لقيمته للاول غير مانقصته جراحته فيما اذا كان الرمى الاول بحال ينجو منه الصيد لان قوله والثانى ضامن لقيمته للاول فرع قوله لم يؤكل فماهو شرط فى الاصل شرط فى الفرع أيضا واذا علم أن الرمى الاول كان بحال ينجو منه الصيد علم أن القتل حصل بالرمى الثانى فلاحاجة الى التأويل الثانى ثم أقول فى الجواب ان كون الرمى الاول بحال ينجو منه الصيد انما يقتضى أن لا يحصل القتل بالرمى الاول فقط ولا يقتضى أن يحصل القتل بالرمى الثانى وحده لجواز أن يحصل من اجتماع الرميين اذ قد يكون فى حالة الاجتماع مالا يكون فى حالة الانفراد ومراد المصنف بالتأويل الثانى التقييد بما علم كون القتل حاصلا بالرمى الثانى وحده والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أولا يدرى ولا يفيد التأويل الاول هذا التقييد لان القيد الذى ذكره أولا أعم تحققا من القيد الذى ذكره ثانيا لتناوله صورة أن يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة أن يحصل بالرمى الثانى وحده وانما المقصود من التأويل الاول الاحتراز عما اذا كان الرمى الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح وعما اذا كان الرمى الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل فلا استدراك أصلا بل أصاب كل من التأويلين مجراه

(كتاب الرهن)

مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب لتحصيل المال كذا فى الشروح أقول يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ماذكر فى كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا تكون مرجحة لايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة فى الكتب السابقة واللاحقة تقتضى ايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد ولا يلزم تفويت تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نبهت على هذه النكتة غير مرة فى نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبى الدائن أو المديون كما فصل فى النهاية ومعراج الدراية وسببه ماذكر فى سائر المعاملات من تعلق البقاء المقدر بتعاطيه وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودليل مشروعيته وحكمه فيجئ كل ذلك فى الكتاب شيأ فشيأ صراحة أو اشارة فتنبه له فى موضعه ان شاء الله تعالى (قوله الرهن فى اللغة حبس الشئ باى سبب كان وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون) قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن

الانسان لا يضمن بفعله لنفسه والله أعلم بالصواب

(كتاب الرهن)

يقال رهنت الرجل الشئ ورهنته عنده وأرهنه لغة ورهنته ضيعتى فارتهنها منى أى أخذها رهنا والرهن المرهون تسمية بالمصدر والجمع رهون ورهان ورهن وقرئ بهما والرهين والرهينة الرهن أيضا والتركيب دال على الثبات والدوام وفى اللغة جعل الشئ محبوسا أى شئ كان باى سبب كان قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أى محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصى وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون حتى لا يصح الرهن الا بدين واجب ظاهرا أو باطنا أو ظاهرا فاما بدين معدوم فلا يصح اذ

وبما

(كتاب الرهن)

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدائن والمديون وسببه ماذكرنا غير مرة وشرط جوازه وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذكور فى الكتاب وسنذكره شيأ فشيأ أما تفسيره فما ذكره (الرهن لغة حبس الشئ بأى سبب كان وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه) أى استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون (كالديون) وهو

(قال المصنف قال قائلهم صيد الملوك أرانب وثعالب * واذا ركبت فصيدى الابطال) أقول البيت لعنترة العبسى وهو جاهلى وهم كانوا يأكلون الثعالب وما هو شر منها فان كان استدلاله به افى تحريم أكل الثعلب خلاف بين علماء المسلمين فقد ذهب الشافعى وغيره الى القول بحله وان كان استدلاله بصيد الابطال فقتل الابطال لا يسمى صيدا الا بقرينة فهو مجاز وذلك بمنزلة تسمية الشجاع أسدا ولا يصلح الاستدلال به على أن الصيد لا يختص بمأكول اللحم (قال المصنف وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون) أقول

وبما روى أنه عليه السلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب وهى الكفالة قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول

التام أو اللازم والا فنى انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض اهـ أقول ليس هذا بسديد اذ لا شك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشئ محبوسا بحق الا أن للعاقد الرجوع عنه مالم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك الا بعد القبض والمأخوذ من التعريف المذكور فى الكتاب للرهن انما هو نفس الحبس لا لزومه فيصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضا بلا ريب ثم ان الامام النسفى لما قال فى الكنز هو حبس شئ بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين قال الزيلعى فى شرحه هذا حده فى الشرع ثم قال وقوله كالدين اشارة الى أن الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعينه اهـ أقول فيه نظر لان الظاهر المتبادر من الكاف فى قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضا فان لم يكن فى قوله كالدين اشارة الى جواز الرهن بغير الدين أيضا فلا أقل من أن لا يكون فيه اشارة الى انحصار ما يجوز الرهن به فى الدين فلا وجه لقول الزيلعى قوله كالدين اشارة الى أن الرهن لا يجوز الا بالدين (قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) قال فى العناية ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ اهـ وأورد بعض الفضلاء على قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان قال هذا منقوض بعقد التبرعات وقال الا أن يخص العقد فى الصغرى بما سوى التبرع أقول ليس شئ من ايراده وتوجيهه بمستقيم أما الاول فلان من يقول من المشايخ بان انعقاد الرهن لا يكون الا بمجموع الايجاب والقبول يقول بان الامر كذلك فى سائر عقد التبرعات أيضا واختلاف المشايخ فى أن القبول هل هو ركن كالايجاب أم لا ليس بمختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات أيضا من العقود كالهبة والصدقة كما مر فى أوائل كتاب الهبة

حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب (قوله اشترى من يهودى طعاما ورهنه بها درعه) أى بقيمته وروى ان رسول الله عليه السلام توفى ودرعه مرهون عند يهودى بوسق من شعير ثم المشايخ رحمهم الله استخرجوا من الحديث أحكاما فقالوا فيه دليل على جواز الرهن فى كل ماهو مال متقوم وما يكون معدا للطاعة وما لا يكون معدا له فى ذلك سواء فان درعه عليه السلام كان معدا للجهاد فيكون فيه دليلا على جواز رهن المصحف بخلاف ما يقوله المتعسفة ان ما يكون معدا للطاعة لا يجوز رهنه لانه فى صورته حبسه عن الطاعة وفيه دليل على ان الرهن جائز فى الحضر والسفر جميعا فان رهنه عليه السلام كان بالمدينة فى حال اقامته هنا بخلاف ما يقوله أصحاب الظواهر ان الرهن لا يجوز الا فى السفر بظاهر قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة والتعليق بالشرط يقتضى الفصل بين الوجود والعدم ولكنا نقول ليس المراد به الشرط حقيقة بل ذكر ما يعتاده الناس فى معاملاتهم فانهم فى الغالب يميلون الى الرهن عند تعذر امكان التوثق بالكتاب والشهود والغالب ان ذلك يكون فى السفر والمعاملة الظاهرة من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا بالرهن فى الحضر والسفر دليل جوازه بكل حال وفيه دليل على ان المرتهن يكون أحق بالرهن حال حياة الراهن وبعد وفاته لانه عليه السلام مات ودرعه مرهونة ولو لم يكن المرتهن أحق بامساك الرهن بعد الوفاة لم يكن درع رسول الله عليه السلام مرهونة وفيه دليل على انه لا بأس بان يرهن المسلم سلاحا من الذمى بدين عليه وفيه دليل على انه لا بأس للامام والقاضى ان يباشر البيع والشراء بنفسه فى غير مجلس القضاء خلافا لما يقوله الشافعى رحمه الله وفيه دليل على انه لا بأس بان يشترى الانسان شيأ نسيئة وان كان يمكنه الشراء بالنقد فانه عليه السلام اشترى بالنسيئة وكان يمكنه الشراء بالنقد بان يبيع درعه ثم يشترى طعاما بنقد خلافا لما يقوله بعض المتعسفة فانهم قالوا يكره للانسان الشراء بالنسيئة اذا كان قادرا على الشراء بالنقد (قوله ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء) فصار كالوثيقة فى جانب الوجوب وهى الكفالة وكذا

احترازعن ارتهان الحر وعن الرهن عن الحدود والقصاص وأما مشروعيته فبقوله تعالى فرهان مقبوضة وهو جمع رهن كعباد فى جمع عبد وبما روى أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما ورهنه درعه وبالاجماع فان الامة اجتمعت على جوازه من غير نكير وبالمعقول وهو أنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب وتقريره أن للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب أولا فى الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذى يختص بالذمة وهى الكفالة جائزة فكذا الوثيقة التى تختص بالمال بل بطريق الاولى لان الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن

هذا تعريف الرهن التام أو اللازم والا ففى انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض والكاف فى قوله كالديون مقحم ان كان الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها رهنا بالدين والا فلا اقحام وسيجيء التفصيل فى الورق الآتى

وهنتك هــذا المـال بدين لك على ومـا أشـبه، والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامـة المشايخ (قالوا) أراد به شيخ الاسلام خواهرزاده (الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع وكل ماهو كذلك يتم بالمتبرع) فالرهن يتم بالمتبرع أما أنه عقـد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للمرتهن من اليد شـيأ علـيـه ولا نعنى بالتبرع الا ذلك وأما أن كل ماهو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وفيه نظر لانه استوجب (٦٦) عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب مايكون ابتداء والرهن ليس كذلك

قوله (والقبض شرط اللزوم) كانه تفسير لقول القدورى ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو أيضا اختيار شـيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشـهيد فى الكافى لا يجوز الرهن غـير مقبوض وقال الطحاوى فى مختصر لا يجوز الرهن الا مقبوضا مفـرغا محـوزا وقال الكرخى فى مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن ابن زياد لا يجـوز الرهن الا مقبـوضا وقال مالك يلزم الرهن بنفس العـقد لانه يختص بنفس المال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقـة فـلا يكون القبض شرطا كالكفالة

(قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول) أقول منقوض بعـقد التبرعات الا أن يخص العـقد فى لصـغرى بماسوى التبرع وسيجىء تحقيقه من الشارح (قال المصنف لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة) أقول فى أول كتاب الهبة أنها تصح

ويتم بالقبض) قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقـد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على مانبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع

فلا انتقاض بشىء على أصل من يقول من المشايخ بان القبول ركن فى كل عقد وقول القـدورى الرهن ينعقد بالايجاب والقبول وتعليل صاحب العناية اياه بقوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول مبنى على أصل هؤلاء المشايخ وأما قول سائر المشايخ فقد ذكره المصنف بقوله قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع وأوضحه صاحب العناية فى شرحه، وأما الثانى فلانه لو خص العقد فى الصغرى بماسوى التبرع صار المعنى لانه أى الرهن عقد غير تبرع وكل عقـد غير تبرع ينعقد بالايجاب والقبول ولا شك أن الصغرى تصير حينئذ كاذبة اذ لم يقل أحد بان عقد الرهن ليس بعقد تبرع بل أطبقت كلمتهم على أنه عقد تبرع فلا صحة للتخصيص بماسوى التبرع (قوله قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة) قال صاحب العناية فى حل هذا التعليل لانه عقـد تبرع وكل ماهو كذلك يتم بالمتبرع فالرهن يتم بالمتبرع أما أنه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للمرتهن من اليـد شيأ عليه ولا نعنى بالتبرع الا ذلك وأما ان كل ماهو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وقال فيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب مايكون ابتـداء والرهن ليس كذلك اهـ أقول فى الجواب بحث لان الراهن ان لم يستوجب شيأ على المرتهن ابتـداء فقد استوجب عليـه شيأ فى البقاء وهو صيرورة المرتهن مستوفيا لدينه عند الهلاك فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن فى يده فينبغى أن لا يتم بايجاب الراهن وحـده بل لابد أن يتوقف على قبول المرتهن أيضا حتى يتم جعلنا اياه مسـتوفيا لدينه حكما عنـد الهلاك كما هو مذهبنا على ماسيجىء تفصيله فليتأمل (قوله والقبض شرط اللزوم على مانبينه) قال فى العناية كانه تفسير لقول القدورى ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو أيضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم فى الكافى لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوى فى مختصره ولا يجوز الا مقبوضا مفرغا محوزا وقال الكرخى فى مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا الى هنا لفظ العناية وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفته ما فى الكتاب لرواية عامة الكتب فقال سبق فى كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز فى الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل اهـ أقول هـذا قياس مع الفارق اذ قد دعت الضرورة هناك الى صرف نفى الجواز عن ظاهره اذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالاجماع فحملنا نفى الجواز بدون القبض فى قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة على نفى ثبوت حكم الهبة وهو الملك الا هو به وأما ههنا فلا ضرورة ولا مجال للحمل على نفى ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو

الحوالة فانهما مختصان بالذمة التى هى محل الوجوب اذ الذمة مضمونة الى الذمة فى المطالبة أو يتحول الدين من ذمة الى ذمـة أملاء من الاولى والرهن عقد وثيقة بمحل والمال محـل لاستيفاء الدين منه (قوله قالوا الركن الايجاب بمجرده) لانه عقد تبرع اذ الراهن لم يستوجب بما أثبت للمرتهن من اليد شيئا على المرتهن فيتم بالمتبرع

بالايجاب والقبول وعلله المصنف بانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول فليتأمل (قوله ما أثبت للمرتهن من اليد شيأ عليه) أقول ضمير عليه راجع الى المرتهن (قوله وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته الخ) أقول ضمير لانه راجع الى الراهن وضمير عليه وصيرورته راجعان الى المرتهن (قوله وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا) أقول سبق فى كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز فى الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل ولانه

(ولنا ما تلونا) من قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء فى محل الجزاء يراد به الامر كما فى قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أى فليصم وكما فى قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة أى فليحرر فيكون تقديره والله أعلم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فارهنوا وارتهنوا لكن ترك كونه معمولا به فى حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله علـى الدائن بالاجماع فوجب أن يعمل فى شرطه وهو القبض كما فى قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب أى بيعوا فلم يعمل الامر فى نفس البيع لان البيع مباح فصرف الى شرطه وهو المماثلة فى أموال الربا فكذا هذا وفيه بحث من أوجه الاول ما قيل ان المصنف جعل لرهان مصدرا وهو جمع رهن والثانى انه يجوز أن يكون الامر للاباحة بقرينة الاجماع فينصرف الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض ان كان شرطا للجواز أو للزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان الآية متروكة الظاهر لان ظاهرها يدل على أن الرهن انما يكون فى السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك ومتروك الظاهر لا يصلح حجة والجواب عن الاول أنه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصـدر مجاز عقلى كما فى سيل مفعم وعن (٦٧) الثانى أن الامر فى الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح قرينة للمجاز لان المجاز هو اللفظ المسـتعمل فى غير ما وضع له بقرينة والاجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ واعمال الحقيقة فى الرهن غـير ممكن فصرف الى القبض وعـن الثالث أن الدليل لالزام مالك رحمه الله حيث لا يجعله شرط اللزوم ولا الجواز وذلك أن الله تعالى وصـف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضى والتراضى وصف لازم فى التجارة فكذا القبض فى الرهن لا يقال هـذا استدلال بمفهوم الصفة وهـو ليس بصحيح لان ذلك مـذهب الجمهور من أصحابنا فيجوز أن يكون المصنف قد اختاره وأما الان عدم الصحة انما يكون اذا لم تكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفا أن الوجوب انصرف اليها وعن الرابع بانا لا نسلم أن متروك الظاهر بدليل ليس بحجة لان النصوص المؤولة متروكة الظاهر وهى عامة الدلائل هذا ما سنح لى فى هـذا الموضع والله أعـلم وقوله (ولانه عقد تبرع) دليل

ولانه عقـد وثيقه فاشبه الكفالة ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء فى محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقـد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيأ ولهذا لا يجبر عليه فلابد من امضائه

موجب النفى والاستثناء اذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بحال أصلا فبقى نفى الجواز ههنا على ظاهره (قوله ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء فى محل الجزاء يراد به الامر) نظيره قوله تعالى فضرب الرقاب أى فاضربوها وقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة أى فليحررها وقوله تعالى فعدة من أيام أخر بتقدير فصوم عـدة من أيام أخر أى فليصم عدة من أيام أخر فكان المصـدر فيما تلوناه ههنا أيضا وهو قوله تعالى فرهان مقبوضـة بمعنى الامر أى فارهنوا وارتهنوا ثم لما كان بمعنى الامر ولم يعمل بموجب الامر الذى هو الوجوب واللزوم فى حق نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المديون بالاجماع وجب أن يعـمل به فى شرطه وهو القبض كما فى قوله عليه الصلاة والسـلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب أى بيعوا فلم يعمل الامر فى نفس البيع لان البيع مباح غـير واجب فصرف الى شرطه وهو المماثلة فى أموال الربا فكذا ههنا هذا زبدة

كالهبة والصدقة واختلفوا فى القبول قال بعضهم انه شرط وظاهر ماذكر فى المحيط يشير الى انه ركن فانه قال فى الايمان الاجارة بدون القبول ليست باجارة وكذا الرهن حـتى لا يحنث من حلف لا يؤاجر أو لا يرهن بدون القبول وهكذا ذكره فى المنتـقى وأما القبض فشرط اللزوم وقال بعض أصحابنا هو شرط الجواز وقال مالك رحـمه الله يلزم الرهن بالايجاب والقبول لانه عقد يختص بالمال من الجانبيـن فاشبه البيع ولانه وثيقة بالدين بمنزلة الكفالة والحوالة فيلزم بالقبول والخلاف فيه بناء على الخلاف فى الهبة والصدقة (قوله ولنا ما تلوناه وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصـدر المقرون بحرف الفاء فى محـل الجزاء يراد به الامر كقوله تعالى فضرب الرقاب فتحرير رقبة فكان هـذا أمرا بالرهن بهذه الصفة فينفى جوازه بدون هـذه الصفة ثم فى تسمية الرهان بالمصـدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والجبـل والجبال وقوله مقبوضة بالتانيث دال على انه جمع وليس بمصدر وانما قال والمصدر المقرون لان تقـديره والله أعـلم فرهن

(قوله كما فى قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر) أقول فان التقدير فصوم عدة (قوله الاول ما قيل) أقول القائل هو الاتقانى والكاكى (قوله ولا حاجة الى الدليل) أقول كيف لا يحتاج الى الدليل وهى مسئلة فرعية لا تسلم الا عن دليلها من الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس (قوله والجواب عن الاول أنه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك) أقول فيه بحث فان الذى جمع على رهان هو الرهن بمعنى المرهون يدل عليه توصيفه بمقبوضة ومجازى الاستعمال أيضا ولعل الاولى أن يقال التقدير فرهن رهان كما فى قوله تعالى فعدة من أيام أخر وذلك مراد المصنف ويؤيد ماذكرناه ما قاله القاضى فى تفسيره رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون انتهى وما قاله الامام عمر النسفى فى تفسيره رهان جمع رهن وهو العين المقبوض بالدين توثيقا له وما قاله الشيخ النسفى أيضا فى تفسيره ثم الرهن مصدر والمصادر قد تجعل أسماء ويزول عنها عمل الفعل فاذا قال رهنت عند زيد رهنا لم يكن انتصابه انتصاب المصدر بل انتصاب المفعول به كما يقال رهنت زيدا ثوبا ولما جعل اسما جمع كما يجمع الاسماء رهن ورهان اهـ وهكذا فى التفسير الكبير

كما فى الوصية وذلك بالقبض

ماذكر فى جملة الشروح فى شرح هذا المقام ثم ان كثيرا من الشراح استشكلوا كلام المصنف ههنا فقال صاحب النهاية فى تسميته الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال كذا فى كتب اللغة ولان قوله مقبوضة بالتأنيث دال على انه جمع وليس بمصدر ولو تمحل متمحل بتصحيح ما فى الكتاب بقوله تقديره فرهن رهان مقبوضة فكان المصدر محذوفا فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال والمصدر المقرون بحرف الفاء والرهان لما كان مصدرا على قول صاحب الكتاب كان ارادة المرهون به جائزة كالرهن يراد به المرهون ثم أنث المرهون بتأويل السلعة أو العين فقيل مقبوضة بالتأنيث كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة لكان وجها بعيدا اذ فى الاول ورود الالباس وفى الثانى لا يبقى المصدر بحقيقته والله أعلم الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب غاية البيان وقد سمى صاحب الهداية الرهان مصدرا كما ترى وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى ولنا فيه نظر لانه خلاف ما ثبت فى قوانين اللغة كالجمهرة وديوان الادب وغيرهما لانهم قالوا الرهان جمع رهن وجمع الرهن رهون ورهان ورهن بضمتين والرهينة بمعنى الرهن أيضا وجمعها رهائن نعم الرهان يجيء مصدرا من قولهم راهنه على كذا أى خاطره مراهنة ورهانا من باب المفاعلة ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ولو كان المصدر هو المراد فى الآية لم يحتج فى صفة الرهان الى تاء التأنيث فافهم الى هنا لفظه وقال صاحب الكفاية فى تسميته الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال وقوله مقبوضة بالتأنيث دال على أنه جمع وليس بمصدر وانما قال والمصدر المقرون لان تقديره والله أعلم فرهن رهان مقبوضة انتهى وقال صاحب معراج الدراية وفى النهاية فى تسميته الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال هكذا فى كتب اللغة ويدل عليه قوله مقبوضة بالتأنيث فدل أنه جمع لا مصدر وقال فى الفوائد الشاهية يجوز أن يكون الرهان مصدرا من باب المفاعلة كالقتال والضراب ومقبوضة صفة لموصوف محذوف وهو فرهان مرهونة مقبوضة وأنث المرهون بتأويل السلعة أو العين كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة ويجوز أن يكون الرهان مصدرا بمعنى المفعول وأنث المرهون لما ذكرنا ويجوز أن يكون الرهان قائما مقام مصدر محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مصدرا تقديرا لا تحقيقا الى هنا كلامه وأما صاحب العناية فعدما استشكلوه أمر اهينا وتعجب منه حيث قال قيل ان المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن ثم قال والجواب عنه أنه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلى كما فى سيل مفعم انتهى أقول منشأ مجازفته هذه الغفول عما ذكر فى كتب اللغة وكتب التفسير لان كون الرهان جمع رهن أمر مقرر وأما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكلا بل هو جمع رهن بمعنى المرهون قال فى المغرب والرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن وقال فى القاموس الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك والجمع رهان ورهون ورهن بضمتين وقال فى الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل حبل وحبال وقال فى تفسير القاضى رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون وكذا فى سائر التفاسير ثم ان كون اسناد مقبوضة الى ضمير رهان مجازا عقليا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا ضرورة داعية اليه وهى منتفية فى الآية المزبورة اذ يصح المعنى ويحسن جدا بحمل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما حمل عليه المفسرون ويكون الاسناد اذ ذاك حقيقيا فما معنى العدول عنه وبناء استدلالنا بتلك الآية على ما هو خلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور المفسرين ثم ان تمثيله المجاز العقلى الذى ذهب اليه ههنا بسيل مفعم قبيح جدا فان المفعم اسم مفعول أسند الى

رهان مقبوضة ووصفها بانها مقبوضة باعتبار المآل (قوله كما فى الوصية) كأنه اراد به الوصية بالتبرع أو هو تصحيف الهبة أو يكون المراد من امضاء الوصية الموت من غير رجوع عنها فانه اذا مات لا عن رجوع فكأنه أمضى الوصية من هذا الوجه

معقول على اشتراط القبض وهو واضح

قوله (ثم يكتفى فيه بالتخلية) يريد بها رفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح وقوله (لانه) أى قبض الرهن (قبض موجب للضمان ابتداء) لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شانه لا يكتفى فيه بالتخلية كما فى الغصب فان المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان فى الرهن عند الهلاك فينتفى التبرع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما (بخلاف الشراء) جواب عن قياس وجه الظاهر بان القبض فى الشراء ناقل للضمان من البائع الى المشترى لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشترى مضمونا على البائع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء وقوله (والاول) أى وجه الظاهر (أصح) لان الرهن توثقة لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بان يخلى الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته اذ الحقيقة أقوى من الجهة وما يثبت به الاقوى يثبت به الادنى وأما الوصف المذكور فى وجه غير الظاهر وهو كون القبض فى الشراء ناقلا للضمان وفى الرهن مثبتا له ابتداء فلا يكاد يبين وقوله (فاذا قبضه المرتهن الخ) قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم فى الهبة أن المنصوص

ثم يكتفى فيه بالتخلية فى ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يثبت فى المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشترى وليس بموجب ابتداء والاول أصح قال (واذا قبضه المرتهن محوزا

الفاعل كما عرف فى موضعه وليس مما أسند الى المصدر بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب اليه فالمناسب فى التمثيل ههنا أن يقول كما فى شعر شاعر على ما ذكر فى كتب علم البلاغة ثم أقول التوجيهات التى ذكرت فى سائر الشروح لتصحيح ما فى الكتاب كلها أيضا خلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور المفسرين فالانصاف أن التمسك بمثلها لا يفيد القطع ولا الالزام على الخصم ولكن الاقرب والاشبه من بينها أن يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة على أن يكون المصدر المقرون بالفاء محذوفا كما فى قوله تعالى فعدة من أيام أخر فان التقدير فيه فصوم عدة من أيام أخر تامل ترشد (قوله ثم يكتفى فيه بالتخلية فى ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيه من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل الا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونه المختار للمصنف انتهى أقول الجواب عن هذا النقض هين فان التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض فى الصرف انما يثبت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد كما تقرر فى محله والقياس يترك بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضى حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فعملنا فيه بموجب القياس (قوله وعن أبى يوسف انه لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب) قال صاحب العناية فيه نظر لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان فى الرهن عند الهلاك فينتفى التبرع انتهى أقول هذا النظر فى غاية السقوط لان جهة التبرع فى الرهن غير جهة الضمان فيه فان جهة التبرع فيه من حيث انه يجعل محبوسا فى يد المرتهن بلا استيجاب شىء عليه بمقابلة ذلك وجهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجه فيتقرر عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا لدينه كما ستطلع على بيانه والمنافاة بين التبرع والضمان انما تلزم أن لو كانا من جهة واحدة وليس فليس والعجب من صاحب العناية انه كيف خفى عليه هذا المعنى مع ظهوره مما سيأتى فى الكتاب من تفصيل دليلنا العقلى على مسئلة أنه اذا سلم الراهن المرهون الى المرتهن دخل فى ضمانه (قوله فاذا قبضه المرتهن محوزا

(قوله ثم يكتفى فيه بالتخلية فى ظاهر الرواية) وهى عبارة عن رفع المانع عن القبض (قوله موجب للضمان ابتداء) أراد بابتداء الضمان أن لا يكون مضمونا قبل العقد والرهن لم يكن مضمونا على الراهن حتى يكون الرهن نقلا للضمان فكان وجوب الضمان على المرتهن ابتداء كما فى الغصب (قوله بمنزلة الغصب) يعنى كما ان المغصوب لا يصير مضمونا بالتخلية بدون النقل فكذلك المرهون (قوله بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان) فان المبيع قبل التسليم الى المشترى كان مضمونا على البائع بالثمن فانتقل المبيع منه الى المشترى بذلك الضمان على المشترى بالتسليم اليه فلم يكن مضمونا ابتداء (قوله والاول أصح) لان حقيقة الاستيفاء بالتخلية والقبض الموجب لهذا الاستيفاء أيضا ثبت بالتخلية فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه (قوله محوزا) أى مقسوما وهو احتراز عن المشاع فانه لا يجوز عندنا وقوله مفرغا أى عن ملك الراهن وهو احتراز عن رهن دار فيها متاع الراهن وقوله متميزا أى لم يكن الرهن متصلا بغيره اتصال خلقة كما لو رهن الثمر على رأس الشجر بدون

(قال المصنف لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع) أقول منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيهما من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل الا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونها مختار المصنف (قوله لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد) أقول الاولى أن يقال قبل القبض (قوله وما ثبت به الاقوى يثبت به الادنى) أقول لم لا يجوز أن يحتاج الادنى لضعفه الى ما يقويه ويؤكده (قوله فلا يكاد يبين) أقول فيه بحث

معتنى بشانه وذلك يقتضى الكمال والكامل فى القبض هو أن يكون الرهن محوزا مفرغا مميزا فيجب ذلك وقوله محوزا احترازعن رهن الثمر على رؤس النخل بدونها وقوله (مفرغا) احترازعن عكسه وقوله (مميزا) احترازعن الشيوع فى الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه لماذكرنا ان اللزوم أو الجواز بالقبض اذ المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله أى قبل القبض فاذا قبضه المرتهن دخل فى ضمانه وقال الشافعى هو امانة فى يده لا يسقط بهلاكه شئ من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن قالها أى هذه الالفاظ ثلاثا لصاحبه غنمه أى زوائده وعليه غرمه أى هلاكه قال ومعناه لا يصير أى الرهن مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وحقه الدين فيكون ذهابه بالهلاك ولا يقال المراد به ذهب حقك من الامساك أو من المطالبة برهن آخر لان الاول مشاهد فلا فائدة فى الاخبار عنه والثانى ليس بحق له ولانه ذكر الحق فى أول الحديث منكرا أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم أعاده معرفا وفى ذلك يكون

مفرغا مميزا تم العقد فيه) لوجود القبض بكماله فلزم العقد (ومالم يقبضه فالراهن بالخياران شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن) لماذكرنا أن اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال (واذا سلمه اليه فقبضه دخل فى ضمانه) وقال الشافعى رحمه الله هو أمانة فى يده ولا يسقط شئ من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ماقالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ماهلك واجماع الصحابة والتابعين رضى الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفيته والقول

مفرغا مميزا تم العقد فيه) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد

الشجر لان المرهون متصل بغير المرهون خلقة فصار كالشائع (قوله اذ المقصود لا يحصل قبله) أى قبل القبض لان الرهن استيفاء الدين حكما والاستيفاء حقيقة لا يكون بدون القبض فكذا الاستيفاء حكما ولان المقصود اضجار الراهن ليتسارع الى قضاء الدين وانما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه وذلك انما يكون بالقبض (قوله قال ومعناه) أى وقال الشافعى رحمه الله ومعنى قوله عليه السلام لا يغلق الرهن لا يصير مضمونا بالدين وقوله لصاحبه غنمه أى زوائده يكون له وعليه غرمه أى لو هلك لهلك على الراهن (قوله ذهب حقك) لا يجوز أن يراد به ذهب حقك فى الحبس لان هذا مما لا يشكل (قوله معناه على ماقالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ماهلك) بان قال الراهن لا أدرى كم كانت قيمته وقال المرتهن كذلك فهو بما فيه من الدين (قوله واجماع الصحابة والتابعين على أن الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفيته) فقال أبو بكر وعلى رضى الله عنهما هو مضمون بالقيمة وقال عمرو بن مسعود رضى الله عنهما مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وقال ابن عباس رضى الله عنه هو مضمون بالدين قلت قيمته أو كثرت وهو قول شريح فالقول بالامانة خرق للاجماع ولم يفهم أحد

الثانى عين الاول كذا فى النهاية وفيه نظر لان أحدهما كلام الراوى والآخر كلام النبى عليه السلام ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة الا اذا علم أن المنكر كان واقعا من المرتهن فى حضرة النبى صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه الصلاة والسلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ماقالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ماهلك يعنى اذا قال الراهن لا أدرى كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكى هذا التاويل عن أبى جعفر وقوله (مع اختلافهم فى كيفيته) يعنى انهم اتفقوا على ان الرهن مضمون لكنهم اختلفوا فى كيفيته وروى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه مضمون بالقيمة وروى عن ابن عمر وابن مسعود أنهما قالا الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وهكذا روى عن على رضى الله عنه فى بعض الروايات وروى عن ابن عباس انه مضمون بالدين واختلافهم على هذا الوجه اجماع منهم على انه مضمون فالقول بكونه أمانة خرق للاجماع والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ماقالوا الاحتباس الكلى أى يصير مملوكا له كذاذكره الكرخى عن السلف كطاوس وابراهيم وغيرهما وقال مالك رحمه الله وتفسير ذلك فيما يرى أن يرهن بالامانة

(قوله محوزا احترازعن رهن الثمر على رؤس النخل بدونها وقوله مفرغا احترازعن عكسه وقوله مميزا احترازعن الشيوع فى الرهن) أقول قال صدر الشريعة فى شرحه للوقاية فقبض محوزا أى مقسوما غير شائع مفرغا أى غير مشغول لحق الراهن حتى لا يجوز رهن الارض بدون النخل والشجر بدون الثمر ودار فيها متاع الراهن بدون المتاع مميزا أى ان كان متصلا بحق الراهن خلقة كالثمر على الشجر يجب أن يميز ويفصل عنه فالمفرغ والمميز يتعلق بالمحل فيجب فراغه عما حل فيه وهو ليس بمرهون سواء كان اتصاله به خلقة أو مجاورة والمميز يتعلق بالحاصل فى المحل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون اذا كان اتصاله به خلقة حتى لو كان اتصاله بالمجاورة لا يضر كرهن المتاع الذى فى بيت الراهن انتهى فتأمل التغاير بين التفسيرين (قال المصنف وقوله عليه الصلاة والسلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه) أقول الباء للمقابلة والمعاوضة

الرجل الرهن بالشئ وفى الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى أجل يسميه له والا فالرهن لك بما فيه فهذا لا يصح ولا يحل وهذا الذى نهى عنه فان جاء صاحبك بما فيه بعد الاجل فهو له وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوى فى شرح الآثار ذهبوا فى تفسير قول سعيد بن المسيب يعنى أن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمدا الى أن ذلك فى البيع اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وان بيع بفضل عن الدين أخذ الراهن ذلك الفضل وقوله (ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء) دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت للمرتهن يد الاستيفاء ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لان الرهن لغة

ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أى محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصى وقال زهير

وفارقتك برهن لا فكاك له * يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

أى ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولا هلاك كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن وأجيب بانه لما دام وتابد بنفى الفكاك دل أنه ينبئ عن الدوام اذ لو لم يكن موجب الذلك لما دام بنفى ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجبه فثبت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن فى العقد الشرعى منبئا عن الحبس الدائم لانه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه واتكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء ومعناه أن يكون الرهن موصلا اليه أى الى الاستيفاء وذلك أى كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن جحود الرهن مخافة جحود المرتهن الرهن ومعناه أن الحبس يفضى الى أداء الحق لان الراهن يخشى ان جحد الدين أن يجحد المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخليص الاكثر أو لضجره عن المطالبة وهذه أيضا قضية تدل على اليد والحبس فتضم اليهما قوله

بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ماقالوا الاحتباس الكلى والتمكن بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخى عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

وفارقتك برهن لا فكاك له * يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة اليه وذلك ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أو لضجره

تقدم فى الهبة ان المنصوص معتنى بشانه وذلك يقتضى الكامل والكامل فى القبض هو أن يكون الرهن محوزا مفرغا مميزا فيجب ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هذا البسط والتقرير يقتضى أن لا يثبت القبض بالتخلية فى باب الرهن بل يجب أن يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون اذ لا شك أن الكامل فى القبض هو الثانى وهذا خلاف ماتقرر فى ظاهر الرواية وخلاف ماهو المختار فى عامة المعتبرات (قوله لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم) قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

وفارقتك برهن لا فكاك له * يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا)

قال فى العناية قيل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن وأجيب بانه لما دام وتابد بنفى الفكاك دل أنه ينبئ عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفى ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجبه فثبت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم انتهى أقول السؤال والجواب فى الاصل لتاج الشريعة لكن الجواب ليس بتام عندى لان قوله اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفى ما يعترضه ممنوع فان ما يعترضه اذا كان مناقضا لدوامه يلزم من نفى ذلك دوامه سواء كان ما يوجب دوامه نفسه أو أمرا خارجا عنه والا يلزم ارتفاع النقيضين معا وما نحن فيه كذلك اذ لا شك أن فكاك الرهن ينافى ويناقض دوامه فيلزم من نفيه تحقق دوامه وان كان دوامه مما لم يوجبه نفسه بل كان بسبب خارج فلم يثبت فى البيت المزبور انباء لفظ الرهن نفسه

من اللغة من قوله عليه السلام لا يغلق الرهن نفى الضمان عن المرتهن وذكر الكرخى عن السلف كطاوس وابراهيم وغيرهما انهم اتفقوا على ان المراد لا يحبس الرهن عند المرتهن احتباسا لا يمكن فكاكه بان يكون مملوكا للمرتهن والدليل عليه ماروى عن الزهرى ان أهل الجاهلية كانوا يرتهنون ويشترطون على الراهن انه ان لم يقض الدين الى وقت كذا فالرهن مملوك للمرتهن فابطل رسول الله عليه السلام ذلك بقوله لا يغلق الرهن وقيل لسعيد بن المسيب أهو قول الرجل ان لم يأت بالدين الى وقت كذا فالرهن بيع بالدين فقال نعم وقوله لصاحبه غنمه الصاحب يحتمل المرتهن كما يقال للمضارب صاحب المال والحمل عليه أولى لان حقيقة الصحبة له فيصير كانه قال للمرتهن غنمه أى الزوائد تصير رهنا عنده وعليه غرمه أى هلاك الرهن على المرتهن

(قوله بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجبه) أقول لا يخفى أن الرهن يدوم بادامة الراهن واذ فكه يزول الدوام ومعنى الانفكاك له ابقاؤه على الرهنية والاحتباس فلا يثبت دلالة لفظ الرهن وانباؤه عما ذكره من الحبس الدائم من البيت فليتأمل (قوله لان قيمة الرهن قد تكون الخ) أقول ليس هذا محل كلمة التقليل والاظهر أن يقول يكون أكثر من الدين فى الاكثر الا أن يحمل على التحقيق بجعل النادر معدوما فى الحكم

(وإذا كان كذلك) أي إذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبة وقد حصل
بعضه وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقض فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد وهو ربا بخلاف ما إذا كان
الرهن قائما لأنه ينتقض هذا الاستيفاء أي للدين بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الأداء فإن قيل فاجعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء فإن
الهلاك لم يتعين لتقرر الاستيفاء ألا ترى أن المبيع إذا هلك قبل التسليم فإنه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به أجيب بأن النقض
إنما يتحقق فيما أمكن رد العين إلى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فإن قيل فليستوف المرتهن

واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي إلى الربا بخلاف حالة القيام لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه لأنه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وإن كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة

عن الحبس الدائم بل جاز أن يكون انتهاء ذلك من نفي فكاكه تدبر تفهم (قوله وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي إلى الربا) يعني إذا ثبت أن الرهن يدل على اليد

وإن كان المراد به الراهن فالمراد من الغرم نفقة الرهن حال قيامه والكفن حال موته (قوله وإذا كان كذلك) أي لما كان موجب الرهن ملك اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه وتقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي إلى الربا أي إلى تكرار الأداء فيما يرجع إلى اليد وهو معنى الربا (قوله ولا وجه إلى استيفاء الباقي) أي الباقي بعد الاستيفاء يدا وهو ملك الرقبة بدونه أي بدون الاستيفاء يدا هذا جواب إشكال وهو أن يقال يستوفي المرتهن الدين على وجه لا يؤدي إلى الربا بأن يستوفيه رقبة لا يدا لأن الاستيفاء يدا تقرر بالهلاك فبقي من دينه ملك الرقبة فإذا استوفاه استوفى حقه لا زيادة ولا نقصانا فأجاب رحمه الله بأن استيفاء ملك الرقبة بدون ملك اليد لا يتصور فلو استوفاه يتكرر الاستيفاء في حق اليد وذلك ربا فثبت العجز عن الاستيفاء وهذا كما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله في رجل له على آخر ألف جياد فقضاه ألفا زيوفا فأنفقه رب الدين ثم علم أنها زيوف سقط اعتبار جودته لأنه لا يمكن أخذها منفردة ولا وجه إلى أخذها تبعا لأنه يصير ربا فكذا ههنا (قوله والاستيفاء يقع بالمالية) هذا جواب إشكال أيضا وهو أن يقال وجب أن لا يسقط لأن المرتهن لم يستوف شيأ من حقه لأن الاستيفاء يكون من جنس الحق فأجاب رحمه الله بأنه استوفى من جنس حقه لأنه يكون مستوفيا من مالية الرهن لا من عينه لأن الاستيفاء بالعين يكون استبدالا والمرتهن مستوف لا مستبدل وباعتبار الاستيفاء من المالية تتجانس الأموال أما العين أمانة في يده وهو بمنزلة الكيس للمالية فكأن الراهن جعل مقدار الرهن في كيس وسلمه إلى المرتهن ليستوفي حقه وعند الهلاك في يده يتم استيفاؤه في مقدار حقه إلا أنه لم تصر ملكا له لأن المالية صفة العين والأوصاف لا تملك قصدا وهذا كمن اشترى دهنا في زق فسلم البائع الزق مع الدهن فإن يد المشتري تكون يد استيفاء في حق الدهن لا في حق الزق وكذلك تسليم الدار إلى المستأجر بحكم الإجارة تكون يده يد استيفاء في حق المنفعة ويد أمانة في حق الدار حتى إن ما يملك من المنفعة يملك على المستأجر حتى يتأكد عليه الأجر بإزائه (قوله وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء) عطف على قوله حتى كانت نفقة المرهون على الراهن وفيه بيان أن العين أمانة حتى لا يصير المرتهن قابضا بنفس الشراء بل ينبغي أن يقبض ثانيا (قوله وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء) جواب عن قول الشافعي رحمه الله إن الحق به يصير بعرض

الدين على وجه لا يؤدي إلى الربا وهو أن يستوفي رقبة لا يدا أجاب بقوله ولا وجه إلى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لأنه غير متصور وقوله (والاستيفاء يقع بالمالية) جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان أما العين الدين أو ابدله لا سبيل إلى الأول لأن الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه ولا إلى الثاني لأن الرهن ببدل الصرف والسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز ووجه الجواب أنا نختار الأول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة أو المالية والأول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إن اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة أن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع فإنه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها وقوله (وموجب العقد) جواب عما قال الشافعي رحمه الله الرهن وثيقة بالدين وبعد التوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد مقتضاه العقد ووجهه أن موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا وذلك يحقق الصيانة لا محالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل

(قوله لأنه ينتقض هذا الاستيفاء أي للدين بالحبس بالرد على الراهن) أقول قوله بالرد متعلق بقوله ينتقض (قوله فإن الهلاك لم يتعين لتقرر الاستيفاء) أقول الهالك فيما نحن فيه هو ما يستوفى منه وفي التنوير ليس ذلك فكيف يتنور به ولك أن تقول ما آل جوابه أيضا فليتأمل قوله واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه) أقول يعني واستيفاء عين الدين (قوله لما تقدم في الهبة) أقول وفي أواخر الصلح أيضا

فإنها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب وإن كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لأن

فالحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملة منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لأنه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى قال (ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون) لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها فإنه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن أن يقال إن الواجب الأصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين

والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقض فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد وهو ربا كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول نعم لو استوفاه ثانيا أدى إلى الربا ولكن إذا لم يستوفه ثانيا أصلا يؤدي إلى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة والتأدي إلى ضياع حق المسلم محذور شرعي أيضا فما الوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الربا فتأمل في الدفع (قوله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها فإنه يصح الرهن بها ولا دين) يعني يرد على هذا اللفظ أي على لفظ القدوري وهو قوله ولا

الهلاك وهو ضد الصيانة يعني إنما ينعدم معنى الصيانة إذا قلنا بتوى حقه والاستيفاء ليس بتواء للحق بل فيه معنى الصيانة على ما ذكر إنه يقع به الأمن عند جحود الدين مخافة جحود المرتهن الدين ويعجز عن الانتفاع بالرهن فيتسارع إلى قضاء الدين ومن ضروراته فراغ ذمة الراهن عند هلاك الرهن وتمام الاستيفاء وذا لا ينافي كونه وثيقة لصيانة حق المرتهن كالحوالة فإنها توجب الدين في ذمة المحتال عليه صيانة لحق الطالب وإن كان من ضروراته فراغ ذمة المحيل وبه لا يزول معنى الوثيقة وبه فارق هلاك الشهود والصك لأن سقوط الدين عندنا باعتبار ثبوت يد الاستيفاء إذ تم ذلك بهلاك الرهن وذا لا يوجد في الصك والشهود (قوله استيفاء منه عينا بالبيع) أي استيفاء منه بعينه بالبيع لا مما يتولد منه لأن تعين عين للبيع لا يقتضي تعين عين أخرى للبيع (قوله منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد) وكذا عن ركوبه وشرب لبنه لأنه ينافي موجبه وهو ملك الحبس للمرتهن على الدوام ورهن المشاع لا يصح لأن قبضه على الدوام لا يوجد فيه إذ في المهايأة يفوت حبسه يوم قبض الراهن ويسقط الدين بالهلاك ويسري هذا الحكم إلى الولد لأنه علق ملك الأصل وعنده لما كان حكم الرهن صيرورة المرتهن أحق به بيعا بدينه وعند البيع هو أحق بثمنه فإذا هلك لا يسقط الدين لأنه أمانة عنده ولا يسري إلى الولد لأن تعين عين للبيع لا يقتضي تعين عين أخرى للبيع وصح رهن المشاع لأنه يجوز بيعه وللراهن استرداده وركوبه وشرب لبنه إبقائه على ملكه ولا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع (قوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون) قوله مضمون على وجه التأكيد وإلا فجميع الديون مضمون كذا في شرح الأقطع وقيل هو احتراز عن ضمان الدرك وفي المبسوط والرهن بالدرك باطل لأن الدرك ليس بمال مستحق يمكن استيفاؤه من مالية الرهن ولو هلك في يد المرتهن لم يضمن لأن ضمان الرهن ضمان الاستيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب ولا يصح أن يقال قوله مضمون احتراز عن بدل الكتابة لأنه ذكر في فتاوى قاضيخان رحمه الله أن المولى إذا أخذ من مكاتبه رهنا ببدل الكتابة جاز وإن كان لا يجوز أخذ الكفيل ببدل الكتابة (قوله لأن حكمه ثبوت يد استيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب فلا بد من وجوب سابق على الاستيفاء ليكون الاستيفاء مبنيا عليه فإن قيل أليس أنه إذا دفع ثوبا إلى رجل على أن يقرضه عشر دراهم صار الثوب رهنا وقد حصل الرهن قبل وجوب الدين وقبل وجود سببه فلا يكون تاليا للوجوب قلنا لا بل بعد وجود سببه لأن القرض يثبت من حيث الاعتبار سابقا على الرهن كما في قوله أعتق عبدك عني على ألف درهم يثبت البيع سابقا على العتق فإذا ثبت القرض سابقا على الرهن حصل الرهن بعد وجود القرض من حيث الاعتبار (قوله ويدخل

الاعتبار بالموضوعات الأصلية لا اللوازم الضمنية ونوقض بنقض إجمالي وهو أن المستأجر بعد الفسخ محبوس عند المستأجر بالأجرة المعجلة بمنزلة المرهون حتى إذا مات الآجر كان المستأجر أحق به من سائر الغرماء ثم إذا هلك لم يكن مضمونا وأجيب بأن يد المستأجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء لأن يد الاستيفاء هي التي كانت له قبل الفسخ وإنما قبض العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الأجرة من المالية فلذلك لم يصر مستوفيا بالهلاك في يده وأما اختصاصه به دون الغرماء فلأنه كان مخصوصا به قبل الفسخ لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق استرداد الأجرة وقوله (فالحاصل الخ) واضح قال (ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون الخ) قيل ذكر مضمون للتأكيد لأن كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين يجب كما لو رهن بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لأن حكمه أي حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب وأما صحته بالدين الموعود فيجيء الكلام فيه وقوله (ويدخل) أي يشكل على هذا اللفظ أي الذي يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالأعيان

ولهذا تصح الكفالة بها ولئن كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق

يصح الرهن الا بدين مضمون الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها أى الاشكال بصحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها وهى ما يجب مثله عند هلاكه ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء ونحوهما فانه يصح الرهن بتلك الاعيان ولا دين فيها وأجاب المصنف عن هذا الاشكال بقوله و يمكن أن يقال الى آخره كذا قاله الشراح قاطبة غير أن صاحب غاية البيان بعد أن وافق سائر الشراح فى شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال قلت لا يرد على القدورى الاعتراض رأسا لانه لا ينفى صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها بل صرح بصحته فى شرحه لمختصر الكرخى وانما اقتصر ههنا على الدين لان الغالب فى الرهن أن يكون بالدين واكتفى به ههنا اعتمادا على ما ذكره فى موضع آخر الى هنا لفظه أقول لا ينبغى لمن له أدنى تمييز فضلا عن مثل ذلك الشارح أن يقول ان القدورى لم ينف فى مختصره صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها بعد أن رأى ما فى لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون من أداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهى النفى والاستثناء وانما يصح ما قاله الشارح المزبور أن لو كان لفظ القدورى فى مختصره و يصح الرهن بالدين ولما كان لفظه فيه ولا يصح الرهن الا بالدين لم يبق له مجال وقوله بل صرح بصحته فى شرحه لمختصر الكرخى لا يجدى شيأ فى دفع الاشكال الوارد على لفظه فى مختصره وقد تداركه المصنف بقوله و يدخل على هذا اللفظ وأما حمل القصر الواقع فى هذا المختصر على القصر الادعائى فبمعزل عن مساعدة هذا الفن اياه فان مجرد تخصيص الشئ بالذكر فى الروايات الواقعة فى هذا الفن يدل على نفى الحكم عما عداه كما صرحوا به فما ظنك بدلالة أداة القصر على ذلك (قوله ولهذا تصح الكفالة بها) قال فى العناية واعترض بان صحة الكفالة بها لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى دون الرهن وأجيب بان قوله ما ذاب لك اضافة للكفالة لا كفالة و يصح أن يقال قولك دون الرهن تريد به دينا ما انعقد سبب وجوبه أو دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثانى فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه انتهى أقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة ولهما وجه صحة وأما قوله و يصح أن يقال الى آخره فمن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر وليس له وجه صحة اذ المراد هو الاول قوله فليس كلامنا فيه ليس بشئ لان عدم كون كلامنا فيه لا يضر بغرض السائل بل بعينه فان مقصوده القدح فى قول المصنف ولهذا تصح الكفالة بها بان صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن لان الكفالة تصح بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك بلا خلاف فيجوز أن تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه أيضا الذى كلامنا فيه ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به ولا يخفى أن عدم كون كلامنا فى الدين الذى لم ينعقد سبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه وانما يدفعه ما أشار اليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه وانما قوله ما ذاب لك على فلان فعلى اضافة الكفالة الى ذلك الدين لا عقد كفالة به منجزة ومراد المصنف بالكفالة فى قوله ولهذا تصح الكفالة به هى الكفالة المنجزة فتم الاستدلال

على هذا اللفظ) أى يشكل على قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها أى بمثلها أو بقيمتها فهى مضمونة بانفسها باعتبار أن المثل أو القيمة قائمة مقامها واحترز به عن الاعيان المضمونة بغيرها وهى المبيع فى يد البائع فانه مضمون بغيره وهو الثمن وفى المبسوط الرهن بالاعيان على ثلاثة أوجه أحدها الرهن بعين هو أمانة وهو باطل لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وحق صاحب الامانة فى العين مقصور عليه فاستيفاء العين من عين آخر غير ممكن والثانى الرهن بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع وهو مضمون بالثمن وهذا لا يجوز أيضا والثالث الرهن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب وهو صحيح لان موجب العقد رد العين ان أمكن ورد القيمة عند تعذر رد العين وذلك دين يمكن استيفاؤه من مالية الرهن (قوله ولهذا تصح الكفالة بها) أى لان الموجب الاصلى هو القيمة تصح الكفالة بها مع ان الكفالة لا تصح الا

المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيل قوله بانفسها احتراز عن غيرها والحاصل أن الرهن اما أن يكون بالدين أو بالعين والاول صحيح بكل حال والثانى اما أن يكون بعين مضمون أو لا والثانى غير صحيح كما فى الودائع والعوارى والمضاربات والشركات والاول اما أن يكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا أو يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل أو القيمة كالمبيع فى يد البائع فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكل عليه الاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثمة وأجاب المصنف بقوله ويمكن أن يقال على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الاصلى فيها هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة دين (ولهذا تصح الكفالة بها) أى بالعين المضمون بنفسه وقوله (ولئن كان لا يجب القيمة الا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بالقبض السابق

ولهذا

ولهذا يعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه) جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ وتقريره أن سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت الكفالة واعترض بأن صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى دون الرهن وأجيب بأن قوله ما ذاب لك اضافة للكفالة لا كفالة و يصح أن يقال قولك دون الرهن تريد به دينا ما انعقد سبب وجوبه أو دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثانى فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه وقوله (ولهذا) يجوز أن يكون توضيحا على كل من التخريجين أما على الاول فتقريره ولكون الموجب الاصلى فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه فلو أحال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لان الموجب الاصلى لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة فى ذمته ورد العين كان مخلصا ولم يحصل وأما على الثانى فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فبهلاك العين لا تبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب للوجوب قال (وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الخ) الرهن مضمون بالاقل أى بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع فى بعض نسخ القدورى باقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث وكلامه واضح وقوله (يترادان الفضل) يعنى أن التراد انما يكون من الجانبين وقوله (كما فى حقيقة الاستيفاء) مثل ما اذا أوفاه ألفى درهم فى كيس وحقه فى ألف فانه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة

ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما فى الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة قال (وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك فى يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة فى يده) لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين (وان كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل) لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث على رضى الله عنه قال يترادان الفضل فى الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروى عن عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا توجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما فى حقيقة الاستيفاء

(قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض) أقول هذا التنوير لا يتم الا على قول أبى يوسف فان المعتبر عند أبى حنيفة قيمته يوم الغصب وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر تفصيله فى صدر كتاب الغصب مع أن صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها على قول أئمتنا جميعا فلا يتم التقريب الا على قول أبى يوسف وليت شعرى لم لم يتعرض لهذا أحد من الشراح (قوله وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين) قال بعض الشراح وقع فى بعض نسخ القدورى بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث واعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم غيرهما ولو قال مررت بالاعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم واحدا منهما والمراد ههنا واحد من القيمة والدين وهو أقلهما لا أمر ثالث ثم ان تاج

الشريعة قال فى التبيين (قوله بخلاف الوديعة) أى تبطل الحوالة المقيدة بها بهلاكها لانها تفوت لا الى خلف (قوله وهو مضمون بالاقل) الاقل بالالف واللام وقوله من قيمته أى يوم القبض ومن الدين بيان للاقل أى أيهما كان أقل فهو مضمون به وصورته (قوله فان كان قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة) وان كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل بيانه اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه فان كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى وان كانت قيمته خمسة عشر فالفضل أمانة عندنا وعند زفر رحمه الله يرجع الراهن على المرتهن بخمسة لان الرهن عنده مضمون بالقيمة لقول على رضى الله عنه يترادان الفضل فى الرهن أثبت التراد مطلقا وانه يكون من الجانبين فينتظم حالة الهلاك والبيع فيجب التراد فى الحالين جميعا فى حالة البيع ان كان فى الثمن نقصان فالراهن يرد الفضل من الدين وان كان فى الثمن زيادة فالمرتهن يرد الزيادة وكذا فى حالة الهلاك ان كان فى قيمة الرهن نقصان عن الدين فالراهن يرد الفضل وان كان فى القيمة فضل على الدين فالمرتهن يرد فضل القيمة على الدين فيثبت التراد من الجانبين (قوله كما فى حقيقة الاستيفاء)

قوله وان كان الثانى فهو ممنوع) أقول فيه بحث فان الكفالة بالاول صحيحة دون الرهن فتوجه السؤال الا أن يخص الكفالة المقيس أيضا عليها بما انعقد سبب وجوبه (قوله ووقع فى بعض نسخ القدورى باقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث) أقول اذ تكون من حينئذ تفضيلية لوجوب استعمال الافعل باحد الاشياء الثلاثة وتكون فى المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو وفيه بحث اذ قد يحذف من من اللفظ وههنا أيضا كذلك والقرينة على الحذف شهرة المذهب فمن الملفوظة للبيان كما فصله صدر الشريعة فى شرح الوقاية ولمكان حرف التعريف هنا (قوله يعنى أن التراد انما يكون من الجانبين) أقول فيرجع كل منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك

والزيادة مرهونة به ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة فى حق الضمان والمراد بالتراد فيما يروى حالة البيع فانه روى عنه أنه قال المرتهن أمين فى الفضل قال (وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضى يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم (واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن) لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك فى يد المرتهن وهو محتمل (واذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين اليه أولا) ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما فى تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا (وان طالبه بالدين فى غير البلد الذى وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب) لان الاماكن كلها فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه فى باب السلم بالاجماع (وان كان له حمل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكلف احضار الرهن) لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه (ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز)

الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث قال والمعنى فيه أن كلمة من فى قوله الاقل منهما للتبعيض والاقل يصلح بعضا اذ الاقل مع منهما معرفتان بخلاف أقل منهما الان أقل نكرة وهما معرفة والمعرفة لا تتناول النكرة انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم ان المعرفة لا تتناول النكرة تناول الكل للجزء كما هو مقتضى من التبعيضية نعم ان المعرفة والنكرة لا يتحدان لان مدلول المعرفة شئ بعينه ومدلول النكرة شئ لا بعينه وهما متضادان فلا يتحدان وأما كون المبهم بعضا من المعين فلا استحالة فيه بل هو أمر شائع مستعمل ألا ترى الى قولنا واحد منهما أو جزء منهما أو بعض منهما يكون كذا فانه صحيح بلا ريب وشائع مستعمل مع أن كلمة واحد وجزء وبعض نكرة وكلمة هما فى منهما معرفة ومن للتبعيض على أن الوجه المذكور للفرق بين أن يكون اسم التفضيل معرفا وبين أن يكون منكرا انما يتمشى فيما اذا كان مدخول كلمة من معرفة ولا يتمشى فيما اذا كان مدخولها نكرة اذ لا يلزم اذ ذاك تناول المعرفة للنكرة مثلا لو كانت العبارة فيما نحن فيه أقل من قيمته ودين لزم أن لا يكون فرق فى المعنى بين تعريف الاقل وتنكيره وليس كذلك قطعا وذكر بعض الفضلاء وجها آخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال اذ تكون من فى

اذا أوفاه ألفى درهم فى كيس وحقه فى ألف يصير ضامنا قدر الدين لا غير والزيادة على قدر الدين أمانة فكذلك هذا (قوله والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها) والثابت ضرورة يتقدر بقدر الضرورة كما اذا رهن عبدا قيمته أكثر من الدين حيث لا تتميز الزيادة من الاصل فيثبت له حبس الكل (قوله ولا ضرورة فى حق الضمان) لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن الرهن من المرتهن على ما يجىء ان شاء الله تعالى (قوله والمراد بالتراد فيما روى حالة البيع) يعنى اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد المرتهن ما زاد على الدين من ثمنه وانما حملنا التراد على حالة البيع توفيقا بين حديثى على رضى الله عنه فانه روى عنه أى عن على رضى الله عنه وهو ما روى محمد بن الحنفية عن على بن أبى طالب رضى الله عنهما أنه قال المرتهن أمين فى الفضل فقد تبين بهذه الرواية انه انما أراد بالتراد التراد فى حالة البيع لا فى حالة الهلاك (قوله كما بينا على التفصيل فيما تقدم) أى فى فصل الحبس من كتاب أدب القاضى وقوله على التفصيل وهو ما فصل فيه بقوله وهذا أى ترك الحبس اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا وأما اذا ثبت بالبينة حبسه كما يثبت لظهور المطل بانكاره (قوله وان كان له حمل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكلف احضار الرهن) ذكر فى بعض الفوائد ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك ان طلب الراهن ذلك لان الرهن غائب فيحتمل هلاكه وعلى اعتباره لا يجب قضاء الدين فاذا حلف المرتهن قضى الدين (قوله فباعه بنقد أو نسيئة جاز) لاطلاق الامر قال القاضى

على قدر الدين أمانة فكذا هذا وقوله (ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها) لانا لو لم نجعل الزيادة مرهونة أدى الى الشيوع أو لعدم انفكاكها عنه وقوله (ولا ضرورة فى حق الضمان) لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجىء وقوله (والمراد بالتراد فيما روى حالة البيع) يعنى توفيقا بين حديثى على رضى الله عنه فانه روى عنه المرتهن أمين فى الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع يعنى اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين وقوله (كما بيناه على التفصيل فيما تقدم) يعنى فى فصل الحبس من أدب القاضى وقوله (واذا طلب المرتهن دينه) واضح وقوله (تحقيقا للتسوية) قيل لان الرهن وان كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث انه استيفاء حقيقة قلنا بان قبض الدين لا يتوقف على احضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه وقوله (لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه)

(قوله أو لعدم انفكاكها عنه) أقول معطوف على قوله لانا لو لم نجعل الزيادة

يبق المرتهن ولم يعتبر هنالك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه موهوم فلا يظهر فى مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن بخلاف الفصل الاول وقوله (لاطلاق الامر) يشير الى أنه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة وقوله (لانه لا قدرة له على الاحضار) لان الرهن بيع بامر الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله (وكذا اذا أمر المرتهن) يعنى لا يكلف احضار الرهن لانه أى الرهن صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه باذنه صار كانهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق

لاطلاق الامر (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن) لانه لا قدرة له على الاحضار (وكذا اذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن) لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين (ولو قبضه يكلف احضاره) لقيام البدل مقام المبدل لان الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ

المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الافعل باحد الاشياء الثلاثة وتكون فى المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو ثم قال وفيه بحث اذ قد تحذف من من اللفظ وههنا أيضا كذلك والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى أقول الحق فى الفرق ما قاله ذلك البعض وبحثه ساقط اذ قد تقرر فى علم النحو أنه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون أحد الاشياء الثلاثة الا أن يعلم المفضل عليه ويتعين كما فى قوله تعالى يعلم السر وأخفى وقوله تعالى ولذكر الله أكبر وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير أن ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعاء كونه معلوما بقرينة شهرة المذهب غير مسموع لانه الآن بصدد بيان المذهب فى هذه المسئلة ولم يبين من قبل فى موضع آخر فمن أين حصلت الشهرة كيف ولو تحققت الشهرة فى مسئلتنا هذه بحيث جاز بها ترك ما لا بد منه فى استعمال صيغة التفضيل لاستغنى عن ذكرها وبيانها ههنا بالكلية (قوله لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين)

الامام أبو على النسفى رحمه الله اذا تقدم من الراهن ما يدل على النقد بان قال ان المرتهن يطالبنى بدينه ويؤذينى فبعه حتى أنجو منه فباعه بالنسيئة لا يجوز بمنزلة ما لو قال لغيره بع عبدى فانى أحتاج الى النفقة (قوله فصار كان الراهن رهنه وهو دين) لانه لما باعه باذنه صار كانهما تفاسخا الرهن فصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن ألا ترى انه لو باع الرهن باقل من الدين لا يسقط شئ من دين المرتهن فصار كانه رهنه ولم يسلم بل وضعه على يدى عدل كذا فى زيادات قاضيخان فان قيل لو رهن الدين ابتداء لا يصح قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن فى ثمن المرهون لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحا لذلك ثم يثبت هذا الحكم فى خلفه تبعا لا مقصودا (قوله الا ان الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن) هذا استثناء من قوله فصار كان الراهن رهنه وهو دين على تقدير اشكال وهو ان يقال لم يصير كان الراهن رهنه وهو دين اذ لو كان كذلك لما كان للمرتهن ولاية قبضه كما لو كان الرهن فى يد العدل وله ذلك فاجاب رحمه الله وقال ولاية القبض له باعتبار انه عاقد ويجوز أن يرجع الاستثناء الى قوله وكذا اذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لا يكلف احضار الثمن الا أن ولاية القبض له باعتبار أنه عاقد (قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل) هذا اذا ادعى الراهن هلاك الرهن وأما اذا لم يدع فلا حاجة الى احضار الرهن اذ لا فائدة فيه وأما اذا قال الراهن قد توى الرهن وصار المرتهن مستوفيا دينه وليس على شئ من الدين وطلب من القاضى ان يأمره بالاحضار ليظهر حاله يأمره بالاحضار اذا كان فى المصر الذى رهنه ولكن لا يسلم اليه حتى يقبض جميع الدين (قوله وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ) أى باع العدل أو المرتهن الرهن باذن الراهن بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حيث

انتقال حكم الرهن الى الثمن ألا ترى أنه لو باع الرهن باقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شئ فصار كانه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله (الا أن الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن) استثناء من قوله فصار كان الراهن رهنه وهو دين جواب عما يقال لو كان الامر كذلك لما كان للمرتهن أن يقبض الثمن من المشترى كما لو كان الرهن فى يد عدل لكن له ذلك ووجه ما ذكر أن ولاية القبض باعتبار كونه عاقدا والحقوق ترجع اليه وقوله (وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء الكل يكلف لاستيفاء نجم) قيل اذا ادعى الراهن هلاك الرهن وأما اذا لم يدع فلا حاجة الى ذلك واليه أشار بقوله لاحتمال الهلاك وقوله (ثم اذا قبض الثمن) يعنى ان باع الرهن وقبض الثمن فاذا قبضه وجب احضاره لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين وقوله (وهذا بخلاف ما اذا قتل) اشارة الى قوله وكذا اذا أمر المرتهن ببيعه الى آخره فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شئ بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين فان

(قال المصنف فصار كان الراهن رهنه وهو دين) أقول فيه بحث فان المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم فى الفرع قياسا عليه فليتامل (قال المصنف لاستيفاء الدين) أقول يعنى المنجم لئلا يلزم التكرار (قوله وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل اشارة الى قوله وكذا) أقول ولعل الاولى أن يجعل اشارة الى بيع العدل أو المرتهن الرهن بامر الراهن قال العلامة الكاكى اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل بخلاف

الراهن لايجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة خلف عن العين فلابد من احضارها كلها كما لابد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لاتكون القيمة ههنا كالثمن ثمة وهى ليست فى يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة أجاب بقوله وماصارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية فصار) كالرهن فى يد عدل بخلاف ماتقدم فان الرهن صار دينا بفعله فكانه ماتفاسخا وجعل الثمن رهنا ابتداء كما مر فافترقا وفى النهاية جعل قوله وهذا اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل ووجهه هكذا أى فى مسئلة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لم يقبض شيأ قال (وان كان (٧٨) الرهن فى يده الخ) اذا كان الرهن فى يد المرتهن فهو مخير بين أن يمكن الراهن من بيعه وأن لايمكن لان حكمه الحبس الدائم الى أن يقضى الدين على مابيناه وذلك حقه فله اسقاطه وكلامه واضح وقوله (فلو هلك) أى الرهن (قبل الرد استرد الراهن ماقضاه) لما ذكره فى الكتاب وهو واضح وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبدا بالف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه اياه فانه لاضمان عليه استحسانا وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك فصير ورته مستوفيا بملاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفى الاستيفاء حقيقة بعد الابراء يرد المستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك

حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلابد من احضارها كلها كما لابد من احضار كل عين الرهن وماصارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا (ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لايكلف احضار الرهن) لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه فى قدرته (ولو وضعه العدل فى يد من فى عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذى فى يده يقول أودعنى فلان ولا أدرى لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيا (وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى أين هو) لما قلنا (ولو أن الذى أودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالى لم يرجع المرتهن على الراهن بشئ حتى يثبت كونه رهنا) لانه لما جحد الرهن فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين ولا يملك المطالبة به قال (وان كان الرهن فى يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى أن يقضى الدين على مابيناه (ولو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية) اعتبارا بحبس المبيع (فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه) لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه (فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ماقضاه) لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد

قال بعض الفضلاء فيه بحث فان المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم فى الفرع قياسا عليه انتهى أقول لايخفى على الفطن أن مراد المصنف بتعليله المذكور ليس اثبات حكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المذكور بل مراده به بيان أن حكم الرهن يبقى فى الدين الذى صار خلفا عن العين المبيع بامر الراهن لان الاصل كان صالحا لان يكون رهنا فكذا خلفه تبعا وان لم يصلح الدين للرهنية أصالة وكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا ولايثبت اصالة وقصدا فقوله فصار كان الراهن رهنه وهو دين اشارة الى معنى الخلفية لا الى القياس وهذا مع ظهوره لكل متامل متقن قد صرح به أكثر الشراح حيث قالوا فان قيل لو رهن الدائن ابتداء لايصح لانه لايكون محلا للرهن قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن فى الدين لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحا لذلك فيثبت هذا الحكم فى خلفه تبعا لامقصودا انتهى (قوله فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ماقضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده) قال فى العناية وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبدا بالف درهم

يجبر الراهن على قضاء الدين فى البيع اذا طلبه المرتهن ولا يكلف احضار الرهن قبل قبض الثمن لان الرهن صار دينا بالبيع بامر الراهن وفى صورة القتل لايجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لانه ماصارت قيمة بفعل الراهن (قوله وفيما تقدم) أى فيما اذا باع العدل أو المرتهن (قوله وأمره أن يودعه غيره) فى الايضاح وضعه العدل عند غيره وديعة أو كان فى يده (قوله لما قلنا) اشارة الى قوله لانه لم يقبض شيا (قوله

مسئلة القتل حيث لايكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه انتهى هكذا رأيت فى شرح الكاكى ففيه بحث ظاهر حيث لايطابق المشروح (قوله أجاب بقوله وماصارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية) أقول لايقال الاصوب أن يقال حتى يجعل رهنا مكانه فانه لم يكن رهنية الثمن فى المسئلة المتقدمة بطريق الانتقال كما حققه لان بين الثمن والقيمة فرقا ولا يلزم من عدم الانتقال فى الاول عدم الانتقال فى الثانى (قوله وجعل الثمن رهنا) أقول الظاهر أن يقال وجعلا (قوله وفى النهاية جعل قوله وهذا اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم الى قوله وهو كما ترى متعسف) أقول لايكلف المرتهن بالاحضار فى مسئلة القتل للعلم بعدم قدرته قبل مضى ثلاث سنين ولا يجبر الراهن أيضا على الايفاء وفيما نحن فيه يكلف المرتهن فيجبر الراهن اذا أحضر ولعل مراد الامام السغناقى هذا (قوله وطولب بالفرق) أقول نقض اجمالى (قوله فانه لاضمان عليه استحسانا) أقول تجئ المسئلة فى أواخر كتاب الرهن

وأجيب بان الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الابراء فليس فيه استيفاء شئ ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو وقوله (على وجه الفسخ) احتراز عما اذا رده على وجه العارية فانه لايبطل الرهن وقوله (لانه) أى الرهن (يبقى مضمونا مادام القبض والدين باقيا) ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين باقيا واذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة اذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعدم أحدهما فان قيل فينبغى أن لايبقى مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر فكان الكلام متناقضا أجيب بان بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى (٧٩) يوجب بقاء الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لايوجب التحقيق لاسيما اذا لم ينشأ عن دليل وقوله (ولو هلك فى يده) يعنى اذا حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله (وليس للمرتهن) معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانفاع به قال (وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه الخ) كلامه واضح والعبرة فى العيال للمساكنة لا للنفقة ألا ترى أن المرأة اذا ارتهنت وسلمت الرهن الى الزوج لم يضمن والابن الكبير الذى لايكون فى نفقته اذا ساكن الاب وخرج

استيفاء فيجب رده (وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه مالم يقبض الدين أو يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ) لانه يبقى مضمونا مابقى القبض والدين (ولو هلك فى يده سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين) لبقاء الرهن (وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا لبس الا أن يأذن له المالك) لان له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له أن يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له أن يؤاجر ويعير) لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدى قال (وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله) قال رضى الله عنه معناه أن يكون الولد فى عياله أيضا

وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه اياه فانه لاضمان عليه استحسانا وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفى الاستيفاء حقيقة بعد الابراء يرد المستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك وأجيب بان الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الابراء فليس فيه استيفاء شئ ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو انتهى أقول فى خاتمة هذا الجواب خلل لان قوله واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو لغو من الكلام ههنا لان الابراء فى مادة النقض

الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ) قيد به لانه لو رده على الراهن على وجه العارية لا يبطل الرهن (قوله لانه يبقى مضمونا مابقى القبض والدين) وفى المبسوط اختلف المشايخ رحمهم الله أنه لماذا لاينفسخ بمجرد الفسخ منهم من قال لان الرهن يثبت بالعقد والقبض جميعا الا أن هذا يشكل بالهبة والبيع الفاسد فانه يثبت الفسخ فيهما من غير نقض القبض وان كان لايثبت الا بالعقد والقبض جميعا ومنهم من قال انما لايحتمل الفسخ الرد بمجرد القول قبل الرد لان حكمه قبل الهلاك ثبوت يد الاستيفاء فى حق الحبس فيعتبر باليد الثابتة بحقيقة الاستيفاء فى حق الحبس والملك وحقيقة الاستيفاء لاينتقض بمجرد القول دون الرد لان فعلهما مخالف لقولهما والقول متى خالف الفعل لايعتبر كالسلطان اذا أكره رجلا بالاقرار بالحبس ثم قال لا أحبسك ان شئت فاقر وان شئت فلا تقر وهو حابس له فى الحال فهذا القول من السلطان غير معتبر لانه يخالف فعله حتى يكون مكرها فى اقراره (قوله قال رضى الله عنه معناه أن يكون الولد فى عياله أيضا) فى وديعة الذخيرة وذكر محمد رحمه الله من جملة من فى عياله زوجته وولده وأجيره الخاص الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة لامياومة ثم ذكر والحاصل أن العبرة فى هذا الباب للمساكنة ولاعبرة للنفقة لاترى أن المرأة اذا أودعت وديعة فدفعت الوديعة الى زوجها لايضمن وان لم يكن الزوج فى نفقتها لانهما يسكنان معا ألا ترى أن الابن الكبير اذا كان

(قوله واذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا) أقول فيه بحث فانه ذكر قبيل هذا الكلام أنه اذا هلك الرهن فى يد المرتهن بعد الابراء يكون الابراء لغوا لكون الدين مستوفى مستندا الى القبض وليس معنى الضمان الا ذلك لكن التعويل على ماذكره ههنا يدل عليه كلام المصنف فى أواخر الكتاب (قوله وكان الكلام متناقضا) أقول ولك أن تقول الدين باق بعد القضاء لكنه لايطالب به لعدم الفائدة والى ذلك أشار صاحب النهاية وسيجئ ماذكره فى آخر كتاب الرهن من الهداية ولهذا لم يعد شهادة من شهد بالف وقضى خمسمائة منها على مامر فى فصل الاختلاف فى الشهادة فراجعه (قوله أجيب بان بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان) أقول اعتراف بعدم انعكاس العلة وذلك هو غرض القائل وجوابه تعميم الدين بجهته أيضا كما سيجئ فى آخر كتاب الرهن من المصنف (قوله معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانفاع به) أقول سبق من الشارحين تخطئة المصنف فى هذا اللفظ فى فصل كرى الانهار ان قيل انما أنكروا فيه استعمال الانفاع فى معنى النفع لامطلقا فانا لامانع من أن يراد فيه المعنى الذى أريد منه ههنا (قال المصنف لانه علف الحيوان)

وهـذا لان عينـه أمانة فى يده فصار كالوديعة (وان حفظه بغير من فى عياله أو أودعه ضمن) وهـل يضمن الثانى فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله فى الوديعـة (واذا تعـدى المرتهن فى الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لان الزيادة على مقدار الدين أمانة والامانات تضمن بالتعدى (ولو رهنه خاتما فجعله فى خنصره فهو ضامن) لانه متعد بالاستعمال لانه غير مأذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى فى ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة (ولو جعله فى بقية الاصابع كان رهنا بما فيه) لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن (ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن فى الثلاثة وضمن فى السيفين) لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين فى الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال وأجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعى ونفقة الرهن على الراهن والاصل أن ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل أو لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما فى الوديعـة وذلك مثل النفقة فى مأكله ومشربه وأجرة الراعى فى معناه لانه علف الحيوان ومن هـذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقى البستان وكرى النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه أو لرده الى يد المرتهن أو لرد جزء منـه فهو على المرتهن مثـل أجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت الذى يحفظ الرهن فيه وهذا فى ظاهر الرواية وعن

من الراهن ولا شـك أن الراهن ممن عليه الدين فكان الابراء فيهما ممن عليه الدين فلم يكن لغوا بل كان اسقاطا صحيحا فلا مساس لقوله واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو بما نحن فيه فان قلت مراده أن يد الاستيفاء لما ثبت

سا كنا مع المودع ولم يكن نفـقته عليه فخرج المودع عن المنزل وترك المنزل على الابن فانه لا يضمن فعلم أن العبرة لما قلنا (قوله فهو على الخلاف) يعنى الاختلاف المعروف فى المودع اذا أودع هل يضمن الثانى فعند أبى حنيفة رحمه الله يضمن وعندهما لا يضمن (قوله والاصـل أن ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن) أى غير مصلحة الحفظ مثل تلقيح النخيل وتسديته وسقيه مرة بعـد الاخرى (قوله وكذلك منافعه مملوكة له) أى الاولاد والثمرات وسائر ما ينمو مثل الصوف والشعر وما ينبت من الاشجار فى الارض المرهونة وسائر منافعه يريد به أن العين باق على ملكه حقيقة وكذا حكما لان منافعه مملوكة له بخلاف المستعير والموصى له بالخدمة فان النفقة عليهما لانهما نازلان بمنزلة المالك بملك المنفعة والمرتهن لم يملكها مطلقا لانه وان ملك حبسها وفيـه منفعة اجبار الراهن ليتسارع الى قضاء الدين الا أن منفعة قضاء الدين مشترك بينهما فلم ينزل منزلة المالك (قوله وأجرة الراعى فى معناه) أى معنى الانفاق فى المأكل والمشارب لانه علف الحيوان أى الاجير سبب علف الحيوان لانه يوصل اليه فأطلق اسم السبب على المسبب وقيل انه راجع الى الراعى فان قيل كما أن الراعى يسوق الدابة الى العلف فكذلك يحفظها أيضا والحفظ على المرتهن وان كان العلف على الراهن ألا ترى ان أجر المربط الذى يأوى اليه الرهن على المرتهن فيجب أن يكون الاجر عليهما نصفين قلنا الراعى للاعلاف لا للحفظ ألا ترى أن السارق من المرعى لا يقطع ومن المراح يقطع لان الحفظ تبع والاجر بازاء الاصـل كالثمن يقابل الرقبة دون الاطراف (قوله ومن هذا الجنس كسوة الرقيق) أى من جنس ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته (قوله وكل ما كان لحفظه أو لرده) أى الحفظ اذا كان للرد الى الراهن فمؤنته على المرتهن لان الحفظ واجب عليه ولهذا لو شرط الراهن شيا للمرتهن على الحفظ لا يصح ولا يستحقه بخـلاف الوديعة فان المودع اذا شرط شيا على الحفظ يصح (قوله لرده على يد الراهن) وفى بعض النسخ الى يد المرتهن ووجهه أنه أبق العبد المرهون فرده انسان الى المرتهن فالجعل عليه (قوله أو لرد جزء منه) بان يبيض عين الرهن أو يحدث به مرض آخر فالمداواة على المرتهن لان رد كل الرهن واجب على المرتهن فكذلك جزؤه وفى المداواة حفظ الجزء للرد

الاب عن المنزل وترك المنزل عـلى الابن لم يضمن قال (وأجرة الراعى ونفقة الرهن على الراهن فان أبى فالقاضى يأمر المرتهن بان ينفق عليه فاذا قضى الدين فللمرتهن أن يحبس الرهن حتى يستوفى النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك لاشئ على الراهن فى قول زفر وقال أبو يوسف النفقة دين عـلى الراهن والاصل المذكور فى الكتاب واضح وقوله (وكل ما كان لحفظه أو لرده الى يد المرتهن) كجعل الآبق (أو لرد جزء منـه كمداواة الجراح وقوله (والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه) قال فى شرح الطحاوى لو شرط الراهن للمرتهن شيأ على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة

أقول أى كعلف الحيوان من قبيل زيد أسد

ابي

أبى يوسف أن كراء المأوى عـلى الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده فكانت مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعـلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه أمانة فى يده والرد لاعادة اليد ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذى ذكرناه فان كلها تجب عـلى المرتهن وان كان فى قيمـة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجـل الضمـان فيتقدر بقـدر المضمون ومداواة الجراحة والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والامانة والخراج عـلى الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقـدم عـلى حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطـل الرهن فى الباقى لان وجوبه لا ينافى ملكه بخلاف الاستحقاق

للمرتهن بعقد الرهن وتقرر بالهلاك مسندا الى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفيا دينه من وقت القبض فصار الاستيفاء مقدما على الابراء فى الحكم فلم يكن الراهن مديونا وقت الابراء لسقوط دينه بالقبض السابق فلم يكن الابراء فيما نحن فيه اسقاط الدين ممن عليه من هذه الحيثية فلهذا قال واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو قلت لو كان لهـذه الحيثية اعتبار فيما نحن فيه من مادة النقض وكان الابراء فيـه لغوا بناء على ذلك لوجب فيه الضمـان على المرتهن لثبوت الاستيفاء له بيده بقبضـه السابق وتقرره بالهلاك وكون الابراء لغوا على الفرض مع أنه لا يجب عليه الضمان فيه وهو مدار النقض والمطالبة بالفرق بين مسئلة الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب فالحق فى الجواب عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال قلت ان ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك الا باعتبار الدين وبالابراء عن الدين انعدم أحد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعـدام أحدهـما ألا يرى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لانعـدام القبض مع بقاء الدين فكذا اذا أبرأ عن الدين يسقط الضمـان لانعـدام الدين مع بقاء القبض وهـذا بخلاف لو استوفى الدين حقيقـة لان هنالك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتقرر فان ما هو المقصود يحصـل بالاستيفاء وحصول المقصود بالشئ يقرره ولا ينهيه واذا بقى الدين حكما بقى ضمـان الرهن وبهلاك الرهن يصير مستوفيا فتبين أنه استوفى مرتين فيلزمه رد أحدهما وأما الابراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمـان بعد انعدام أحد المعنيـين الى هنا لفظ النهاية وسيجئ من المصـنف فى آخر كتاب الرهن ما يطابق ذلك فى الفرق بين تينك المسئلتين فتبصر قال تاج الشريعة فان قلت ينبغى أن لا يبقى الرهن مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم لان حكم الرهن لم يبق قلت بقى احتمـال استحقاق الحبس لاحتمـال أن

فيكون على المرتهن كما فى الكل (قوله ومن هـذا القسم جعل الآبق) أى من القسم الذى يجب مؤنته على المرتهن (قوله انما يلزمه لاجل الضمـان) أى لاجـل أن الرهن مضمون على المرتهن مالية فيتقدر بقدر المضمون لان جعـل الآبق لاعادة اليـد ويده فى قدر الامانة يد المالك فكانت مؤنة اعادتها على المالك فيتقدر الواجب عليه بقدر ما يكون مضمونا عليه بخلاف أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن لان ذلك مؤنة حفظ الرهن بحبسه وامساكه عن الايدى المتعرضة وحبس الجميع وامساك الجميع حق المرتهن ولهذا كان له حبس الكل ما بقى جزء من الدين (قوله لتعلقه بالعين) يعنى تعلق العشر بالعـين والمالية جميعا وتعلق حق المرتهن بالمالية دون العين فكان العشر مقدما على حق المرتهن لقوته ثم لا يبطل الرهن لوجوب العشر وان كان يتضمن شيوع الرهن ظاهرا لان وجوب العشر لا ينافى ملك المالك فى المحل لان ملك الفقير لا يثبت فى العشر قبل الاخذ فعلم أن بوجوب العشر لا يخرج قدر الواجب من ملك المالك ولا يلزم من ذلك شيوع الرهن حقيقة فلا يبطل بخـلاف الاستحقاق لان قدر المستحق يخرج من ملك المستحق عليه ويلزم من ذلك شيوع الرهن

وقوله (لتعلقه بالعين) يعنى بخـلاف حق المرتهن فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العـين والعـين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعـين يقدم على ما يتعلق بالمالية فان قيـل لما كان العشر متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الارض لكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما اذا ارتهن أرضا عشرية مع شجر أو زرع فيها فأخـذ العشر والاستحقاق فى جزء من الارض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيـه فكذا فى استحقاق العشر أجاب بقوله (ولا يبطل الرهن فى الباقى لان وجوبه) أى وجوب العشر (لا ينافى ملكه) فى جميع ما رهنه ألا ترى أنه لو باعه جاز ولو أدى العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن فى الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع فى الرهن لا مقارنا ولا طارئا بخلاف الاستحقاق

(قوله ألا يرى أنه لو باعه جاز) أقول يعنى لو باع الجميع فى غير الرهن جاز البيع قبل أداء العشر

لان الملك لمستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراءه لانه مشاع (قوله وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه) يعني من أجرة وغيرها (فهو متطوع) لانه قضى دين غيره بغير أمره (وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر) فان كان بغير أمر القاضي فكذلك وان كان بامره رجع عليه كأن صاحبه أمره به لعموم ولاية القاضي وقد قيل انه بمجرد أمر القاضي بالنفقة لا يصير دينا على الراهن مالم يجعله دينا عليه بالتنصيص لان أمره ههنا ليس للالزام فانه لا يلزمه شيء منها بالاتفاق فيكون الامر بذلك مترددا بين الانفاق حسبة ودينا فعند الاطلاق يثبت الادنى وقوله (وهي فرع مسئلة الحجر) فمذهب أبي حنيفة أن القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه يعني عند أبي يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضي على الحر كان نافذا حال غيبته وحضرته وعند أبي حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضي حال حضوره يصير محجورا عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لان فيها ضرورة (باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به ومالا يجوز)* لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه ومالا يجوز اذا التفصيل انما يكون بعد الاجمال قال (ولا يجوز رهن المشاع الخ) رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أولم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه وقال

وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كأن صاحبه أمره به لان ولاية القاضي عامة وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال أبو يوسف انه يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر والله أعلم

(باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به ومالا يجوز)

قال (ولا يجوز رهن المشاع

يستحق المؤدى وحينئذ يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس انتهى ورد صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لاسيما اذا لم ينشأ عن دليل انتهى أقول الحق في الجواب عن أصل السؤال أن يقال الدين لا يسقط بالقضاء كما يسقط بالابراء لقيام الموجب وهو الذمة بل يبقى على حاله ولكن لا يطالب به لتعذر الاستيفاء كما صرح به المصنف في آخر كتاب الرهن أثناء الفرق بين مسئلة ابراء المرتهن الراهن عن الدين ومسئلة استيفاء المرتهن الرهن فاذا بقي الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن أيضا مالم يسلم الى الراهن فيبقى مضمونا بالهلاك الى أن يسلم الى الراهن تأمل تقف انتهى والله الموفق للصواب *(باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به ومالا يجوز)* لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به ومالا يجوز اذا التفصيل انما يكون بعد الاجمال (قوله ولا يجوز رهن المشاع) قال صاحب العناية رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أولم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه الى هنا لفظه أقول ان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه حشو مفسد

(قوله وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع) لانه قضى دين غيره بغير أمره وهو غير مضطر فيه لانه يمكنه أن يرفع الامر الى القاضي حتى يأمر صاحبه بالاداء أو الانفاق ان كان حاضرا وان كان غائبا يأمر الحافظ بالانفاق ليرجع عليه وفي الذخيرة وما أنفق المرتهن على الرهن والراهن غائب فهو منه تطوع فان أمره القاضي أن ينفق عليه ويجعله دينا على الراهن فهو دين عليه ثم قال فقد أشار الى أنه بمجرد أمر القاضي لا تصير النفقة دينا على الراهن حيث قال ويجعله القاضي دينا عليه قال شمس الائمة وهكذا يقول في كتاب اللقيط وأكثر مشايخنا على أنه لابد من التنصيص على أن يكون دينا على الراهن أما بمجرد الامر بالانفاق فلا يصير دينا بالانفاق وهذا لان أمر القاضي في هذا الموضع ما كان للالزام المأمور شيئا فانه لا يلزم بالانفاق لان الامر بذلك متردد بين الامر بالانفاق حسبة وبين الامر بالانفاق ليكون دينا عليه فعند الاطلاق لا يثبت الا أدناهما فلا يثبت دينا عليه الا بالتنصيص وهذا بخلاف صاحب العلو اذا بنى السفل حيث يرجع على صاحب السفل وان كان بغير أمر القاضي لانه مضطر فيه لان القاضي لا يجبر صاحب السفل على البناء وبخلاف معير الرهن لانه مضطر في تخليص ملكه ولو أجبر القاضي المستعير على أداء الدين ربما يقدر وربما لا يقدر (قوله وهي فرع مسئلة الحجر) فمذهب أبي حنيفة رحمه الله أن القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه كذا في الايضاح يعني عند أبي حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضي حال حضوره يصير محجورا عليه ولا يملك حجره بخلاف حال غيبته فان فيه ضرورة وعندهما يملك الحجر فينفذ حال حضرته وغيبته والله أعلم بالصواب

(باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به ومالا يجوز)

(باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به ومالا يجوز) (قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد) أقول يعني أن الحكم بكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على أن القبض الخ فيه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر (قوله لا شرط جوازه) أقول مخالف لما قدمت بيانه

وقال الشافعي رحمه الله هو جائز ولم يذكر له في الكتاب دليلا لان أصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا اذ على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة هي أن العقود شرعت لاحكامها فاذا فات الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا أنه وثيقة لجانب الاستيفاء وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لان اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير المعين فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وأدرج المصنف رحمه الله دليل الشافعي رحمه الله بين الوجهين وهو قوله وعنده المشاع يقبل ماهو الحكم عنده وهو تعينه للبيع فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في المشاع واذا كان الحكم متصورا كان العقد مفيدا وتقرير الثاني أن موجب الرهن أي موجب حكمه يعني لازمه هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة أو بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه يعني مامر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أو لضجره

(قوله وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء الخ) أقول مقتضى ظاهر هذا التقرير بطلان رهن المشاع فتأمل فانه يجوز أن يقال المراد حكم الرهن الصحيح ثبوت يد الاستيفاء

وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان أحدهما يبتني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ماهو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم

اذ الظاهر أنه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وليس بصحيح اذ لا شك أن ما نحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن مالا ولا مما لم يكن المقابل به مضمونا فان الشيوع لا ينافي المالية قطعا حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشيوع في الرهن لا يقتضي أن لا يكون المقابل به مضمونا بل يتصور فيما اذا كان المقابل به مضمونا أيضا كما لا يخفى ثم لا شك أنه لا ابتناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه بل ذلك أمر مقرر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن أو شرط جوازه كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لجعل قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وزعم بعض الفضلاء أن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد الخ علة لقوله لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أولم يكن المقابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه يعني أن الحكم بكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح لانه مع كون الفصل بقوله وما نحن فيه ليس كذلك مما يأبى جدا كون قوله بناء على أن القبض الى آخره علة لما قبل ذلك لا يصح بناء أن الحكم بكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من الصورتين على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه قوله فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر ممنوع فان مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انتفاء ذلك فيما اذا انعقد العقد بصفة الفساد أيضا وانما الذي يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما هو في عقد الرهن أن يكون الرهن مالا وأن يكون المقابل به مضمونا لا غير ويدل على ذلك كله ما ذكر في الذخيرة والمغني ونقل عنهما في النهاية وغيرها وهو أن الباطل من الرهن مالا يكون منعقدا أصلا كالباطل من البيوع والفاسد منه ما يكون منعقدا لكن بوصف الفساد كالفاسد من البيوع وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا ففي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا أنه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام بعض شرط الجواز وفي كل موضع لم يكن الرهن مالا أولم يكن المقابل به مضمونا لا ينعقد الرهن أصلا انتهى فتدبر (قوله والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا) أقول لقائل أن يقول ان أراد بقوله انه لم يشرع الا مقبوضا أن عقد الرهن لم يجز الا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره في صدر كتاب الرهن من أن القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جوازه وان أراد بذلك أنه لم يلزم الا مقبوضا لا يتم

(قوله وهذا) أي ثبوت يد الاستيفاء لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع فان قيل كيف يستقيم هذا والشيوع لا يمنع الاستيفاء حقيقة فان من كان له على غيره عشرة فدفع اليه المديون كيسا فيه عشرون درهما ليستوفي منه حقه يصير مستوفيا حقه من النصف شائعا واذا لم يمنع الشيوع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت يد الاستيفاء قلنا موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفي والشيوع لا يمنع الملك وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء فقط وذا لا يتحقق في الجزء الشائع فان قيل اليد الحقيقية غير معتبرة فان الرهن يتم بالتخلية قلنا الاصل ان تعتبر الحقيقية لان الرهن عبارة عن الحبس فيجب اثبات الحبس باقصى ما يتصور وهو الحقيقي الا أن التمكن من الحبس أقيم مقامه فلابد من اثبات التمكن والتمكن من اثبات اليد حقيقة غير ثابت في الشائع فلم تكن التخلية تمكينا

لانه لم يشرع الامقبوضا بالنص أو بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضى اليه الا باستحقاق الحبس ولو جوزناه فى المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة ومالا يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع فى الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثانى يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن فى رواية الاصل وعن أبى يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالحرمية فى باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض فى الابتداء لنفى الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره فى حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع فى بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد فى بعض الرهن قال (ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل فى الارض دونها) لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان فى معنى الشائع (وكذا اذا رهن الارض دون النخيل أو دون

التقريب اذا المدعى ههنا عدم جواز رهن المشاع لا عدم لزومه فتامل فى الدفع (قوله أو بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه) قال صاحب النهاية وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أو لضجره انتهى واقتفى أثره فى هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعنى مامر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أو لضجره أقول على المصنف

(قوله لم يشرع الامقبوضا بالنص) وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة (قوله من الوجه الذى بيناه) وهو صيانة حق المرتهن عن التوى بالجحود واضجار الراهن ليسارع الى قضاء الدين (قوله وكل ذلك) أى القبض والاستيثاق يتعلق بالدوام ولا يفضى اليه أى الى الدوام (قوله ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها) أى للوجه الاول وهو ان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء وهو ينافى حكم الرهن فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها لان ماذكرنا من المعنى وهو عدم قبول المشاع حكم الرهن لا يفصل بخلاف الهبة لان المانع من جوازها ضرر جبر الواهب على القسمة من غير التزام وذلك مخصوص بما يقبل القسمة ولذا سوينا بين رهن المشاع من شريكه وغيره على هذا الوجه وهو الوجه الاول وعلى الوجه الثانى أيضا لا يجوز من شريكه لانه يفوت دوام الحبس بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا وقوله يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن أراد به الحبس بحكم الرهن لانه لا يسكن لانه ممنوع عن الانتفاع بالرهن (قوله والشيوع الطارئ) بأن رهن جميع العين ثم تفاسخا العقد فى النصف ورده المرتهن يمنع بقاء الرهن أى فى النصف الثانى فى رواية الاصل وهو الصحيح حتى قالوا فى العدل اذا سلط على بيع الرهن كيف شاء فباع نصفه يبطل الرهن فى النصف الباقى للشيوع الطارئ وعن أبى يوسف رحمه الله ان الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء حكم الرهن كما لا يمنع بقاء الهبة لان البقاء أسهل من الابتداء ألا ترى أن صيرورة المرهون فى ذمة غير المرتهن تمنع ابتداء الرهن ولا تمنع بقاءه حتى اذا أتلف المرهون انسان أو بيع المرهون بثمن تكون القيمة أو الثمن رهنا فى ذمة من عليه وابتداء عقد الرهن مضافا الى دين فى الذمة لا يجوز وجه رواية الاصل أن الكلام وقع فى المحل وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء سواء كالحرمية فى النكاح فان قيل اذا زوج الاب ابنته من مكاتبه جاز ولا يبطل بموت الاب وان تزوجت مكاتبها ابتداء لا يجوز قلنا لان المكاتب لا يملك بسبب من أسباب الملك فكذا بالوراثة وفيما اذا تزوجت مكاتبها انما

(وكل ذلك) أى كل مامر من قوله لم يشرع الامقبوضا بالنص أو بالنظر الى المقصود (يتعلق بالدوام) أما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق وأما بالنظر الى النص فلانه لما وجب القبض ابتداء وجب بقاء لان ما تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالحرمية فى النكاح وقد علمت أن حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون الا بقبض وا قبض فيما نحن فيه يقتضى الدوام فكان دوام الحبس لازما بحكم الرهن ويفوت فى المشاع والداعى الى هذا التوجيه تخلص الكلام عن التكرار فانه قال أحدهما ينبنى على حكم الرهن والثانى أن موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله (ولا يفضى اليه) أى الى دوام الحبس من تمام الدليل يعنى ثبت أنه لا بد من الدوام ولا يفضى اليه الا باستحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس فى المشاع لانه لا بد من المهايأة فكانه يقول له رهنتك يوما دون يوم ولا شك فى عدم استحقاقه للحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه (ولهذا) أى ولان الدوام يفوت فى المشاع تساوى ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها فى الرهن بخلاف الهبة على ماذكره فى الكتاب (وقوله ولا يجوز) أى الرهن (من شريكه) على الوجهين جميعا أما على الوجه الاول فانه لا يقبل حكمه وأما على الثانى فلانه يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشيوع الطارئ أن يرهن الجميع ثم يتفاسخا فى البعض أو أذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وأنه يمنع بقاء الرهن فى رواية الاصل وكلامه واضح قال (ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل) هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته علته

الزرع

الزرع أو النخيل دون الثمر) لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل أن المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن أبى حنيفة أن رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الارض وهى مشغولة بملك الراهن (ولو رهن النخيل بمواضعها جاز) لان هذه مجاورة وهى لا تمنع الصحة (ولو كان فيه ثمر يدخل فى الرهن) لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز لا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع فى الدار حيث لا يدخل فى رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة فى رهن الارض ولا يدخل فى البيع لما ذكرنا فى الثمرة (ويدخل البناء والغرس فى رهن الارض والدار والقرية) لما ذكرنا (ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقى يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقى رهنا بحصته والا بطل كله) لان الرهن جعل كانه ما ورد الا على الباقى ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه فى الدار المرهونة وكذا متاعه فى الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا فى دار أو فى وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة أو لجاما فى رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث

فيما مر كون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بعلتين حيث قال ليقع الامن من الجحود بمخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أو لضجره انتهى وليت شعرى ما حمل هؤلاء الشراح على حملهم قول المصنف ههنا من الوجه الذى بيناه على العلة الثانية فقط دون مجموع العلتين كما هو الظاهر أو على العلة الاولى لتقدمها فى الذكر هنالك والعجب من صاحب العناية أنه قال فى شرح قول المصنف وكل ذلك يتعلق بالدوام أى كل مامر من قوله الامقبوضا بالنص أو بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام وقال أما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق انتهى فقد جعل مدار الاستيثاق فى البيان هو العلة الاولى على خلاف ما فسر به مراد المصنف فيما قبل تبصر

لا يجوز لان الملك ثابت لها من وجه ونكاح المملوك من وجه أو من كل وجه لا يجوز بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض فى الابتداء لنفى الغرامة على ما بينا أى فى كتاب الهبة وهو قوله فى اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم ولا حاجة الى اعتباره فى حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع فى بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد فى بعض الرهن (قوله لان الشجر اسم للنابت) ولهذا سمى بعد القطع جذعا لا شجرا فكان استثناء للمنبت فكان رهنا لما سوى المنبت من الارض وذلك جائز بخلاف رهن الارض دون البناء اذ البناء اسم للموضوع على وجه الارض فكان رهنا لجميع الارض وذلك مشغول بملك الراهن (قوله ولو استحق بعضه ان كان الباقى يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقى رهنا بحصته) وهو فيما اذا بقى الباقى شيئا معينا غير مشاع والا بطل كله يعنى فيما اذا بقى الباقى مشاعا ومعنى قوله رهنا بحصته اى مضمونا بحصته كما اذا هلك الباقى يقسم الدين على قيمة الباقى وقيمة المستحق فما أصاب الباقى يهلك بحصته وما أصاب المستحق يبقى دينا فى ذمته وان كان فى قيمة الباقى وفاء بالدين لا يذهب جميع الدين بخلاف ما لو رهن الباقى ابتداء وفيه وفاء بالدين (قوله ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه فى الدار المرهونة) حتى لو أخرج الراهن متاعه وكان هو مع المرتهن فيها قائلا سلمت اليك لا يكون تسليما حتى يخرج ويقول سلمتها اليك (قوله لانه شاغل لها) فالحاصل انه لا يتم تسليم المشغول بالراهن أو بملكه الا بازالة الشواغل بخلاف ما اذا كان المرهون شاغلا لا مشغولا حيث يتم تسليمه كما اذا رهن الحمل على دابة أو المتاع فى دار أو وعاء دون الدابة والدار والوعاء حيث يتم التسليم قبل اسقاط الحمل واخراج المتاع عن الوعاء والدار لان المرهون فيها شاغل لا مشغول بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة أو لجاما فى رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يتم الرهن حتى ينزعه منها ثم

فان الاصل الجامع أن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض فى المرهون وحده لاختلاطه بغيره وقوله (بخلاف المتاع فى الدار) يعنى اذا رهن دارا مشغولة بأمتعة الراهن يصح الرهن لانها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل فى رهنها من غير ذكر فانتفى القبض ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها أو منها لم تدخل الامتعة بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها أو منها فانه تدخل الثمار فتدخل فى الرهن لاتصالها بها خلقة وقوله (ولو استحق بعضه) يعنى بعض الرهن بأن رهن دارا أو أرضا فاستحق بعضها فاما أن يكون الباقى غير مشاع بأن كان المستحق جزأ معينا غير مشاع أو كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين أن الرهن من الابتداء كان ما بقى وهو غير مشاع وكان جائزا وان كان الثانى تبين أن الرهن من الاول مشاع وهو

(قال المصنف لان الشجر اسم للنابت) أقول يعنى اسم للنابت المخالط للارض اذ المشاجرة هى المخالطة

مانع وقوله (حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر) يعني قال المشايخ رحمهم الله اذا رهن دابة عليها لجام أو مرج دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا وقوله (ولا يصح الرهن بالامانات) قد تقدم ذكره وقوله (والرهن بالدرك باطل) قد تقدم غير مرة أن الدرك

لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال (ولا يصح الرهن بالامانات) كالودائع والعوارى والمضاربات (ومال الشركة) لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا و يتحقق استيفاء الدين منه (وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع) لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيأ لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر و بدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا تجوز أما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلاة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك أمانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود

(قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته) قال في غاية البيان فيه تسامح لانه يهلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من

يسلمه لانه تبع للدابة بمنزلة الثمر للنخيل حتى قالوا يدخل في الرهن من غير ذكر (قوله لان القبض في باب الرهن مضمون) أي قبض يصير به المقبوض مضمونا على القابض بقدر الدين فلا بد من ضمان على الراهن حتى يصير المرهون مضمونا على المرتهن بقدر ذلك الضمان وليس في الامانات ضمان فان حق صاحب الامانة مقصور على العين (قوله وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع) بان اشترى عينا ثم ان المشترى أخذ رهنا من البائع بالمبيع فان الرهن باطل لان المبيع ليس بمضمون ألا ترى انه اذا هلك المبيع لم يضمن البائع شيأ ولكن به يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن به فلو هلك يهلك بغير شئ لانه اعتبار للباطل فبقى قبضه باذنه وانما سماه مضمونا بغيره باعتبار سقوط الضمان ان لم يقبض و رده اذا قبض والا فهو ليس بمضمون لانه اذا هلك يهلك ملك البائع فلا يجب عليه شئ كما اذا هلكت الوديعة فان قيل ينبغى ان يصح بعد قبض الثمن لانه بعد قبض الثمن كالمغصوب في يد الغاصب من حيث انه لو هلك يجب على الغاصب في ماله شئ وهو القيمة والمبيع بعد قبض الثمن كذلك لانه لو هلك يجب على البائع شئ في ماله وهو رد الثمن قلنا الفرق بينهما ظاهر وهو ان الضمان بعد أخذ الثمن ضمان الاخذ لا ضمان المبيع ولهذا تجب القيمة ولو كان ضمان المبيع يوجب القيمة كما في المقبوض على سوم الشراء (قوله والرهن بالدرك باطل) وتفسير الرهن بالدرك ان يبيع رجل سلعة وقبض ثمنها وسلمها الى المشترى وخاف المشترى الاستحقاق فاخذ بالثمن من البائع رهنا قبل الدرك فانه باطل حتى لا يملك حبس الرهن حل الدرك أو لم يحل فاذا هلك الرهن عنده كان أمانة حل الدرك أو لم يحل لانه لا عقد حيث وقع باطلا (قوله ولا استيفاء قبل الوجوب) لان الواجب هو الذى يستوفى وضمان الدرك هو ضمان عند استحقاق المبيع فلا يجب قبل الاستحقاق ولا يصح مضافا الى حال وجود الدين لان الاستيفاء معاوضة فلا تحتمل الاضافة لان اضافة التمليك الى زمان المستقبل لا يجوز أما الكفالة فمشروعة لالتزام المطالبة لا لالتزام أصل الدين ولهذا لو كفل بما ذاب له على فلان يجوز ولو رهن ما لا عند رجل بما يذوب له عليه لا يجوز (قوله يهلك بما سمى من المال بمقابلته) أى اذا كان الموعود مساويا لقيمة الرهن أو أقل منه اما اذا كان الدين

هو رجوع المشترى بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيأ و يسلمه الى المشترى فيخاف المشترى أن يستحقه أحد فيأخذ من البائع رهنا بالثمن لو استحقه أحد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الرجوع باستحقاق المبيع أولا وأما الكفالة بذلك فهى جائزة والفرق ما ذكره في الكتاب وذكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشترى على البائع عند استحقاق المبيع ضمن البائع دركه أولا لانه اذا لم يضمن لا يقدر المشترى على الرجوع الا اذا قضى القاضى بنقض البيع وأما اذا ضمنه فانه يرجع عليه قضى القاضى بنقض البيع بينهما أو لم ينقض وهذا بناء على أن المبيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضا البائع أو قضاء القاضى لان احتمال اقامة البائع البينة على النتاج أو التلقى من جهة المستحق قائم أما اذا قضى القاضى ثبت العجز وانفسخ العقد وقوله (بخلاف الرهن بالدين الموعود) متصل بقوله يهلك أمانة وصورته

(قوله ان قبضه قبل الوجوب) أقول وذلك أى الوجوب بعد الحكم برد الثمن بنسخ البيع (قوله باعتبار وذكر في فائدة ضمان الدرك) أقول هذه الفائدة ذكرها العلامة الكاكى محالا على فصول الاستروشنى (قوله لان احتمال اقامة البائع البينة على النتاج والتلقى من جهة المستحق قائم أما اذا قضى القاضى ثبت العجز وانفسخ العقد) أقول والاقرب احتمال اجازة المستحق البيع

ما ذكر في الكتاب وقوله (لان الموعود) يعنى من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى استقراض شئ وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض فان قيل فليجعل المعدوم في الدرك موجودا للاشتراك في الحاجة أجيب بان المعدوم يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره (وقوله لانه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده) أى وجود الدين والمقبوض بجهة الشئ حكم ذلك الشئ كالمقبوض على سوم الشراء (فيعطى له) أى للذى قبض بجهة الرهن (حكم الرهن) حتى يهلك بما سمى من المال بمقابلته ويجب على المقرض ايفاء ما وعده وهذا اذا ساوى قيمة ما استقرضه وانما أطلق جريا على أن

باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال (ويصح الرهن برأس مال السلم و بثمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيهما مسدود ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا انه غير مضمون بنفسه (فان هلك ذهب بغير شئ) لانه لا اعتبار للباطل فبقى قبضا باذنه (وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما) لتحقق القبض حكما (وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا)

القرض ألا ترى الى ما قال الامام الاسبيجابى في شرح الطحاوى ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك في يده قبل أن يقرضه هلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة في شرح قول المصنف حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمة وانما أطلق جريا على العادة اذ الظاهر أن يساوى الرهن الدين انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول فيه قصور بين فان ما ذكر في الكتاب كما يتمشى فيما اذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو ما سمى له من القرض يتمشى أيضا فيما اذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالحق أن يقال في البيان هذا اذا ساوى قيمة الرهن ما سمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك وأما اذا كانت قيمة الرهن أقل من

الموعود أكثر من قيمة الرهن يجب على المرتهن الدفع بمقدار قيمة الرهن لانه يقع الاستيفاء بهذا القدر تقديرا (قوله لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة) فكان الرهن حاصلا بعد القرض حكما اذ الظاهر أن الخلف لا يجرى في الوعد فكان مفضيا الى الوجود غالبا بخلاف الرهن بالدرك لان الدرك لا يكون موجودا غالبا اذ الظاهر ان المسلم يبيع مال نفسه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فاعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض لانه مقبوض بجهة حكم الشراء فجعل كالمقبوض بحقيقته في ايجاب الضمان غير أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت لا بالمسمى من الثمن والمقبوض على سوم الرهن مضمون بما سمى الا بالقيمة لان ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وليس بضمان مبتدأ فيقدر بالدين ضرورة وضمان المبيع ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشترى شئ قبل البيع فيجب مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب (قوله فيضمنه) أى الاقل من قيمة الرهن و مما سمى (قوله لان حكمه الاستيفاء) أى حكم كل واحد من ثمن الصرف و رأس المال والمسلم فيه (قوله وهو المضمون) أى المالية هى المضمونة في عقد الرهن لان العين أمانة في يده فاذا كان مضمونا من

الظاهر الغالب في الرهن أن يساوى الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب أن التساوى بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به من حيث انه يهلك مضمونا لا أمانة وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وحيث جعل الدين موجودا فيتقدر بقدره وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشترى شئ قبل البيع فجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب وقوله (فيضمنه) أى فيضمن المرتهن ما قبض رهنا عن الدين الموعود قال (ويصح الرهن برأس مال السلم الخ) قال زفر رحمه الله

حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح (وهذا) أى أخذ الرهن عن هذه الاشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدالا و باب الاستبدال فيها مسدود قلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية وأما عين الرهن فهو أمانة عنده كما لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن والاعيان من حيث المالية جنس واحد فان قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب أن هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على

(قوله وهذا اذا ساوى قيمة ما استقرضه) أقول فيه بحث فانه اذا كان المسمى أقل من قيمته لهلك بما سمى أيضا (قوله وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب) أقول ممنوع (قوله وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد) أقول الاصوب وضمان المبيع ضمان مبتدأ كما وقع في غيره من الشروح ثم في قوله يجب بالعقد بحث (قوله عند تعذر ايجاب المسمى) أقول لانتفاء البيع وان وجد القبض بجهته

كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعذر تملك العين لكونه أمانة وفى الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجه الى تملك العين أيضا وقوله (لفوات القبض حقيقة وحكما) أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلان المرتهن انما يصير قابضا بالهلاك وكان بعد التفرق وقوله (يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه) بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف وقوله (لانه بدله) أى لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشئ قائم مقامه كالرهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذى ذكره جواب الاستحسان وفى القياس ليس له أن يحبسه لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كما لو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم أبرأه المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب أن الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم وقوله (ولو هلك الرهن الخ) أى لو هلك الرهن فى يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره أى بغير المسلم فيه وهو رأس المال وقوله (هلك بالطعام) يشير الى أنه لم يهلك برأس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم أن يعطى مثل الطعام الذى كان على المسلم اليه ويأخذ رأس المال لان بقبض الرهن صار مستوفيا لطعام السلم وقد بقى حكم الرهن الى أن هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا أو بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذلك ههنا وهذا لان الاقالة فى باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام أجيب بأنا لا نسلم أن مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدير مالية الاشياء بالنقود ليس بحتم وانما جاء الشرع بتقديرها تيسيرا فلا يقتضى الحجر على التقدير بغيرها ولما جعلا الرهن بالطعام مع علمهما بانه عند استيفاء كان ذلك منهما تقدير المالية بالطعام تحقيقا لغرضهما فكان الرهن من جنس الطعام تقديرا فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه من جنس ماله على المسلم اليه حتى يلتقيا قصاصا بل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقررة لما مر آنفا أنها لا تحتمل الفسخ وقوله (لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله وقوله (وأدى ثمنه له أن يحبسه) يعنى أدى ثمنه ثم أراد فسخه للمشترى أن يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد هنالك بمنزلة الرهن عند المشترى لاستيفاء ثمنه من البائع فان هلك المشترى بعد الحبس فى يده هلك بقيمته قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر الخ) كلامه واضح وقوله (وقيام المانع فى الباقين) يعنى حق الحرية ولهذا لو طرأت هذه التصرفات أبطلته فاذا

لفوات القبض حقيقة وحكما (وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه أنه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم (ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه) لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه) لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفى الثمن ثم لو هلك المشترى فى يد المشترى يهلك بقيمته فكذا هذا

ذلك فيهلك بقيمة الرهن اذ قد تقرر فيما مر أن الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكر ههنا قوله حيث يهلك بما سمى له من القرض فى صورة الاطلاق جريا على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك (قوله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا) قال جمهور الشراح يريد

حيث المالية والاموال كلها جنس واحد من حيث المالية فتتحقق المجانسة (قوله ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه) حتى يجب عليه رد مثل الطعام المسلم فيه لقبض رأس المال وانما كان كذلك لان لرب المال حق حبس الرهن بحقه الواجب بسبب العقد الذى جرى بينهما وحقه فى المسلم فيه عند قيام العقد وفى رأس المال عند فسخه فله أن يحبس الرهن بكل واحد منهما كمن ارتهن بالمغصوب فهلك له أن يحبس الرهن بقيمته لان الواجب بالغصب استرداد الغصب عند قيامه والقيمة عند هلاكه فاذ هلك الرهن فى يد رب المال فعليه أن يعطى مثل الطعام الذى كان على المسلم اليه ويأخذ رأس ماله لان بقبض الرهن صار بماليته مضمونة بالطعام المسلم فيه وقد بقى حكم الرهن الى أن يهلك الرهن فصار بهلاك الرهن مستوفيا طعامه من حين قبض فصار كانه قبض الطعام ثم تفاسخا وهذا لان الاقالة فى باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة وانما يهلك بالطعام لا برأس المال لانه مرهون بالطعام وانما يظهر أثره فى رأس المال فى الحبس لانه بدله وقائم مقامه فاذا هلك يهلك بالاصل كذا فى المبسوط (قوله وان كان محبوسا بغيره) أى وان كان الرهن محبوسا بغير المسلم فيه وهو رأس المال (قوله لما بيناه) اشارة الى قوله لانه رهن به (قوله وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه) ثم أراد فسخه للفساد له أى للمشترى ان يحبس العبد ليستوفى الثمن لان العبد

(قوله حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه) أقول فيه بحث فانه لم يبق ذلك بالتفاسخ قبل أن يهلك الرهن (قوله ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام) أقول قوله على المسلم اليه متعلق بقوله رد الطعام ثم أقول الصواب أن يقال ولا يلزم على رب السلم رد الطعام اذ الكلام فيه كما لا يخفى

كانت مقارنة منعته وقوله (ولا يجوز بالكفالة بالنفس) لمعنيين أحدهما ما ذكره فى الكتاب أن استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن والثانى أن المكفول به غير مضمون فى نفسه فانه لو هلك لم يجب شئ وهما جاريان فى القصاص فى النفس وما دونه وأما لو رهن عن بدل الصلح فيهما فانه صحيح لان البدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين ثم رهن بها رهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع وقوله (ولا يجوز بالشفعة) صورته أن يطلب الشفيع الشفعة ويقضى القاضى بذلك فيقول للمشترى أعطنى رهنا بالدار المشفوعة وقوله (حتى لو ضاع) يعنى الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شئ مضمون ألا ترى أنهما لو رفعا الامر الى القاضى قبل الرهن فانه لا يأمر المستأجر بتسليم الاجر وقوله (فالرهن مضمون) يعنى بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن (لانه رهنه بدين واجب ظاهرا) ألا ترى أن البائع والمشترى لو اختصما الى القاضى قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضى يقضى بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا وقوله (ثم ظهر أنه) أى العبد المقتول (حر) وقد هلك الرهن فانه يهلك بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن وقوله (ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون) يعنى فى ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا أنه قبض بمال مضمون ظاهرا فكان كالدين الثابت حقيقة وعن أبى يوسف رحمه الله خلافه يعنى ليس عليه أن يرد شيأ لانهما لما تصادقا أن لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان وتصادقهما حجة فى حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وقوله (وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه) يعنى أن الرواية

قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية فى الحر وقيام المانع فى الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص فى النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا يجوز الرهن بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشترى (ولا بالعبد الجانى والعبد المأذون المديون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شئ (ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لانه لا يقابله شئ مضمون (ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمرا أو يرتهنه من مسلم أو ذمى) لتعذر الايفاء والاستيفاء فى حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمى كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال فى حقهم أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال (ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا أو الخل خمرا أو الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا (وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر أنه حر) وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون) وعن أبى يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه

به قوله لان الثمن بدله أقول ليس هذا بتفسير سديد لان كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضى أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع ألا يرى أن رأس المال فى المسئلة الاولى كان بدل الطعام المسلم فيه مع أن بهلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون الثمن والصواب أن مراد المصنف بقوله لما بينا انما هو الاشارة الى قوله لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره يعنى أن هلاك المرهون بما هو الاصل حين انعقاد الرهن وان كان

هنالك بمنزلة الرهن عند المشترى لاستيفاء الثمن من البائع فى البيع الفاسد وقد ذكر فى فصل أحكام البيع الفاسد من هذا الكتاب وليس للبائع أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فصير محبوسا كالرهن (قوله ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس) وكذا بالقصاص لمعنيين أحدهما ان استيفاء المكفول به واستيفاء القصاص من الرهن غير ممكن والثانى ان المكفول به غير مضمون فى نفسه فانه لو هلك لم يجب شئ وانما ذكر عدم جواز الرهن بمقابلة القصاص فى النفس وما دونه لانه لو رهن ببدل الصلح عن دم العمد يصح لان البدل مضمون بنفسه وهذا بخلاف ما اذا كان القتل خطأ فصالحه على عين ثم رهن به رهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فصار كالمبيع كذا فى الايضاح فى آخر ما يجوز به الارتهان (قوله ولا يجوز الرهن بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشترى اذ لو هلك لم يلزم المشترى ضمان ولا باجر النائحة والمغنية حتى لو ضاع أى الرهن لم يكن مضمونا لان الرهن حصل بما ليس بواجب أصلا ألا ترى أنهما لو ترافعا الامر الى القاضى قبل الرهن فالقاضى لا يأمر المستأجر بتسليم الاجر كذا فى الذخيرة (قوله لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وهو كاف) لانه آكد من الدين الموعود (قوله وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه) الرواية المحفوظة

(قوله وقوله لما بينا يريد به قوله لان الثمن بدله) أقول بل يريد به قوله لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره (قال المصنف لان الاستيفاء من الارش ممكن) أقول تأمل فى تصحيحه وذلك بتقدير المضاف أى من رهن الارش ولو قال لان استيفاء الارش من الرهن لكان بعيدا من التكلف (قوله والثانى أن المكفول غير مضمون به فى نفسه الخ) أقول ولا يبعد أن يدعى انطواء التعليل الاول على الثانى فان تعذر الاستيفاء يجوز أن يكون لعدم مضمونية ما يقابله اذ الاستيفاء تلو الوجوب على ما مر مرارا

عن أبي يوسف محفوظة في مسألة الصلح عن انكار والمشايخ قالوا القياس يقتضي أن يكون حكم المسائل الباقية مسألة العبد والخل والشاة كذلك وقوله (لابنه الصغير) احترازعن الابن الكبير فانه لايجوز للاب أن يرهن عبده بدين نفسه الا باذن الابن وقوله (لمابينا) اشارة الى قوله وهذا أنظر في حق الصبي فان هلك الرهن في يد المرتهن هلك بمافيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت

قال (ويجوز للاب أن يرهن بدين عليه عبد الابنه الصغير) لانه يملك الايداع وهذا أنظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة (ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك أمانة والوصي بمنزلة الاب) في هذا الباب لمابينا وعن أبي يوسف وزفر أنه لايجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان أن في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق (واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب) أو الوصي (موفيا له ويضمنه للصبي) لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا أصل هذه المسألة البيع فان الاب أو الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف لاتقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان (واذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه أو من ابن له صغير أو عبد له تاجر لادين عليه جاز) لان الاب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد

المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره أيضا لقيامه مقامه وبهذا يتم كون المسألة الثانية نظيرا للمسألة الاولى تأمل تفهم (قوله وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه) قال صاحب الغاية أي كما أن الاب والوصي يضمنان للصبي

عن أبي يوسف رحمه الله في مسألة الصلح عن الانكار ان المرتهن لايضمن اذا تصادقا ان لادين ولم يحفظ روايته في مسألة من اشترى عبدا ورهن بثمنه ثم ظهر العبد حرا وأخواتها ولكن وجدوا تلك المسائل كمسألة الصلح على الانكار فقالوا قياس قول أبي يوسف رحمه الله في هذه المسائل يقتضي ان لايكون الرهن مضمونا وفي الايضاح بعد ماذكر مسألة من اشترى عبدا ورهن بثمنه أو اشترى خلا أو شاة الى قوله فالرهن مضمون ثم قال ويجب على قول أبي يوسف رحمه الله ان لايضمن لانه قبضه وليس هناك ضمان في الحقيقة (قوله ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبد الابنه الصغير) قيد بالصغير لان الابن لو كان كبيرا لايجوز (قوله والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لمابيناه) وهو قوله لانه يملك الايداع وهذا أنظر في حق الصبي منه (قوله ويضمنه للصبي) وفي الذخيرة والمغني واذا صح الرهن بينهما وهلك الرهن في يد المرتهن هلك بمافيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت القيمة مثل الدين وان كانت القيمة أكثر من الدين يضمن مقدار الدين ولايضمن الزيادة لان الاب والوصي فيما زاد مودع مال الصغير وفي الاصل اذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصي يضمن بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصبي ولا كذلك الوصي كذا ذكره الامام التمرتاشي (قوله وكذا وكيل البائع بالبيع) يعني اذا كان للمشتري على وكيل البائع دين كان على هذا الخلاف يقع المقاصة عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله (قوله والرهن نظير البيع) نظرا الى عاقبة الرهن من حيث انه يصير قاضيا دينه عند هلاك الرهن ضامنا مثله للصبي وفي البيع كذلك فانه يصير قاضيا دينه من الثمن الواجب للصغير ضامنا له مثله (قوله واذا رهن الاب من نفسه) أي رهن الاب متاع الصغير من نفسه بدين له على الصغير فكان الاب راهنا بطريق النيابة عن ابنه الصغير ومرتهنا أيضا بالنظر الى أنه يأخذ متاع الصغير رهنا لنفسه بدين له على الصغير (قوله أو من ابن له صغير) أي رهن الاب متاع ابنه الصغير من ابن له آخر صغير بان يكون لرجل ابنان صغيران فصار لاحدهما دين على آخر بوجه من الوجوه فرهن الاب متاع ابنه الصغير المديون من ابنه الصغير الذي هو رب الدين (قوله أو عبد له) أي للاب عبد تاجر ولهذا العبد التاجر دين على الصغير يعني رهن الاب متاع ولده الصغير من عبد نفسه (قوله لادين عليه) أي

مثل الدين وان كانت القيمة أكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانهما فيها مودع ولهما الولاية على ذلك وقوله (وعند أبي يوسف لاتقع المقاصة) بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري وقوله (واذا رهن الاب متاع ابنه الصغير) يريد بيان جواز أن يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى مال واحد وهو أن يكون له دين على ابنه الصغير فيأخذ شيأ رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه ومرتهنا لذاته وقوله (أو عبد له تاجر لادين عليه) قيد بذلك لان الشبهة على ذلك التقدير أما اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لانه يجوز من الوصي فلان يجوز من الاب أولى فلو رهن الوصي من عبده ولادين عليه لم يجز وذلك لانا نجعل رهنه من عبده الذي لادين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه الا أنه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصي لو رهن من نفسه لم يجز فكذا من عبده وهذا بناء على أن بيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة وأما بيع كما

(قال المصنف وعن أبي يوسف وزفر أنه لايجوز ذلك منهما وهو القياس) أقول فينبغي أن يكون هذا رواية ظاهرة عن زفر فلا يناسبه كلمة عن (قوله لادين عليه في الموضعين) أقول يعني الاب والوصي (قوله وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة) أقول بل بالاقل من الدين والقيمة لايقال بني

كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد (ولو ارتهنه الوصي من نفسه أو من هذين أو رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز) لانه وكيل محض والواحد لايتولى طرفي العقد في الرهن كما لايتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين لانه لاولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولاتهمة في الرهن لان له حكما واحدا (وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز (وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن) لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء (واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن أن يرده حتى يقضي

اذا هلك عبده الذي رهناه عند المرتهن فكذلك يضمنان اذا سلطا المرتهن على بيعه فباعه انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ يأبى عنه جدا قول المصنف في التعليل لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أن الاب والوصي كما يجوز لهما أن يرهنا بدين عليهما عبد الصغير كذلك يجوز لهما أن يسلطا المرتهن على بيع ذلك العبد فحينئذ ينتظم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المصنف قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه اذ لو كان مراده مازعمه الشارح المزبور لكان ذكر ذلك القيد مما لابد منه بل كان عليه أن يزيد على ذلك القيد شيأ آخر وهو أن يقول وأخذ ثمنه لنفسه بدل دينه على الراهن اذ لو جعل ثمنه رهنا موضع عينه ولم يتلفه لايضمنان شيأ للصبي لانهما يملكان رهن مال الصبي بدين عليهما ويملكان التوكيل ببيع ماله فمن أين يلزمهما الضمان بمجرد تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن اياه اذا لم يتلف المرتهن ثمنه بل حفظه بدل المبيع (قوله وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب) قلت قوله الحاقا له بالاب علة للمنفي دون النفي تأمل تقف (قوله

على العبد وانما قيد به لان الشبهة انما ترد فيما اذا لم يكن على العبد دين لانه حينئذ يكون بمنزلة ان يرهنه من نفسه لان كسب عبده الذي لادين عليه له ولكن هو غير مانع لما ذكرنا أنه لو رهن متاع ابنه الصغير من نفسه يجوز فكذلك ههنا وأما اذا كان على العبد دين فلا شك في جواز الرهن حتى ان الوصي يشارك الاب في جواز الرهن في هذه الصورة وفي مبسوط شيخ الاسلام وان رهنه من عبد له تاجر فانه جائز سواء كان على العبد دين أو لم يكن وأما اذا كان على العبد دين فانه يجوز من الوصي فلان يجوز من الاب أولى وأنه أعم ولا يتمن الوصي فان لم يكن عليه دين فانه يجوز من الاب بخلاف الوصي اذا رهن من عبده ولادين عليه وذلك لانا نجعل ما رهنه من عبده ولادين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه الا أنه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصي لو رهن من نفسه لايجوز فكذا من عبده ثم انما جاز رهن الاب من نفسه ولم يجز رهن الوصي من نفسه لان بيعه مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة وأما بيع الوصي من نفسه لايجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا لايجوز رهنه من نفسه لانه مضمون باقل من قيمته ومن الدين (قوله ولو ارتهنه الوصي من نفسه) بان كان له على الصبي دين (قوله أو من هذين) أي ارتهن الوصي متاع الصغير لاجل ابنه الصغير الذي له دين على اليتيم أو ارتهن الوصي متاع اليتيم لاجل عبده التاجر الذي لادين عليه اذا كان له دين على اليتيم أو رهن الوصي عين نفسه من اليتيم لاجل دين على الوصي لليتيم لايجوز ورهن الوصي من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه فلا يصح كما لو رهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وعبده المديون لانه من كسبهم بمنزلة الاجنبي وهم أحق بالكسب منه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع فانه لايبيع من هؤلاء لانه في البيع متهم وفي حق الرهن لايكون متهما لان حكم الرهن واحد وهو انه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبي فلانتفاء التهمة تنفذ تصرفه معهم (قوله وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه) أي اشترى بدين كسوة لليتيم أو طعاما له (قوله واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك

الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ماذكره في الكتاب وهو واضح فالضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصي وقوله (لان له حكما واحدا) يريد كونه مضمونا بالاقل من القيمة والدين سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبي وقوله (واذا رهن الاب متاع الصغير) يعني سواء كان لنفسه أو للصغير وقوله (ومات الاب) قيد اتفاقي لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فله أن يرجع في مال والده لانه مضطر فيه على ماذكر في الكتاب

كلامه على الاعم الاغلب وهو مساواة الدين الرهن لانه ممنوع كما سبق (قوله فان كان الرهن لنفسه) أقول أي لمصلحة نفسه

الدين) لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به فى مال الاب) لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن (وكذا اذا هلك قبل أن يفتكه) لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه (ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتماله على أمرين جائزين (فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد) لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصى وكذلك الجد أب الاب اذا لم يكن الاب أو وصى الاب (ولو رهن الوصى متاع اليتيم فى دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصى لحاجة اليتيم فضاع فى يد الوصى فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم) لان فعل الوصى كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبى والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى (والمال دين على الوصى)

ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين) قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير لدين على نفسه ورهنهما ذلك لدين على الصغير وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح ههنا أقول فيه بعد عما يتحمله كلام المصنف فان الذى ذكره المصنف فيما قبل انما هو رهن الاب متاع الصغير لدين على نفسه أو لدين على الصغير دون رهن الوصى اياه فالظاهر أن الضمير فى قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع الى الاب فقط فدرج رهن الوصى أيضا فى بيان مراد المصنف ههنا لايناسب سياق كلامه وأيضا قال المصنف فيما بعد وكذلك الوصى وكذلك الجد أب الاب اذا لم يكن الاب أو وصى الاب ولا يخفى أن هذا العطف والتشبيه يقتضى أن يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير مخصوصا بالاب فدرج الوصى فى مضمونه لايناسب لحاق كلامه فالحق فى شرح هذا المقام ما ذكره صاحب العناية حيث قال أراد بهما رهن الاب متاع الصغير بدين نفسه وبدين على الصغير انتهى ثم قال صاحب العناية فى بيان وجه قول المصنف لاشتماله على أمرين جائزين وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس انتهى أقول فى هذه الكلية منع ظاهر ألا يرى أن انسانا أو فرسا يطيق تحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الاحجار والاشجار مثلا ولا يطيق تحمل الكل قطعا وان رجلا شجاعا يطيق مقابلة كل واحد من آحاد العسكر على الانفراد ولا يطيق مقابلة مجموع العسكر معا وهذا فى الامور الخارجية وأما فى الاحكام الشرعية فكما أنه يجوز لرجل أن يجامع كل واحدة من الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح أو بملك يمين ولا يجوز له أن يجمعهما معا فى الجماع بشئ من ذينك السببين ولعل سائر الشراح وصاحب الكافى تنبهوا لعدم صحة الكلية فقالوا فى

الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضى الدين) أطلق رهن الاب متاع الصغير فادرك ولم يذكر انه رهن لدين الصغير أو لدين نفسه لان هذا الحكم الذى ذكره لايختلف بين ان يكون الدين دين الصغير أو دين الاب وقوله ومات الاب قيد اتفاقى وكذلك ذكر الاب ليس بقيد لان هذا الحكم وهو عدم ولاية استرداد الصغير قبل أداء الدين اذا بلغ لايختلف بين ان يكون الراهن أبا أو وصيا للصغير ذكر شيخ الاسلام فى مبسوطه واذا رهن الاب مالا لولده وهو صغير فادرك فاراد رد الرهن ليس له ذلك لان الوصى لو رهن مال الصغير اما بدينه أو بدين الصغير ثم بلغ الصغير فاراد ان يرد ذلك لم يكن له ذلك فاذا فعله الاب وانه أعم ولاية أولى (قوله لوقوعه لازما من جانبه) أى من جانب الصغير (قوله وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه) يعنى له ان يرجع فى مال الاب (قوله لان فعل الوصى كفعله بنفسه) أى كفعل اليتيم بنفسه والحكم فيه هذا يعنى لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك فى يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين مستوفيا دينه باعتبار يد المديون ألا ترى ان حكم الرهن لايثبت يد الراهن فى الابتداء اذا جعل عدلا فيها وكذلك لايبقى حكم يد الاستيفاء بعد ما رجع الرهن الى الراهن واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن على الوصى بالدين كما يرجع به قبل الرهن ويرجع الوصى به على اليتيم وقد ضاع العين من

وقوله (لاشتماله على أمرين جائزين) يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير بدين على نفسه ورهنهما ذلك بدين على الصغير وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس وقوله (كفعله بنفسه) أى كفعل اليتيم بنفسه وقوله (والحكم فيه هذا) يعنى لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك فى يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن أن يجعل صاحب الدين مستوفيا لدينه باعتبار يد المديون واذا لم يسقط الدين بهلاكه يرجع المرتهن على الوصى بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن ويرجع به الوصى على اليتيم وقد

(قوله جاز أن يثبت للكل) أقول اذا لم يمنع مانع كما فى الجمع بين الاختين وسائر ما لايجوز الجمع بينهما (قوله دون العكس) أقول كما فى الوكيلين والوصيين لايجوز

معناه هو المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبى) لانه غير متعد فى هذه الاستعارة اذ هى لحاجة الصبى (ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبى) لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال فى حاجة نفسه (ولو غصبه الوصى بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصى ضامن لقيمته) لانه متعد فى حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفى حق الصبى بالاستعمال فى حاجة نفسه فيقضى به الدين ان كان قد حل (فان كان قيمته مثل الدين أداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم) لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا (وان كانت قيمته أقل) من الدين (أدى قدر القيمة الى المرتهن وأدى الزيادة من مال اليتيم) لان المضمون عليه قدر القيمة لاغير (وان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن) لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذى فصلناه (ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك فى يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير) لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا قال فى كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصى بغصب مال الصغير لا يلزمه شئ لانه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الاخذ فاذا هلك فى يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصى على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصى على الصبى بذلك لما ذكرنا قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا فى الجودة)

البيان والتعليل وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد فكذلك بدينهما ولم يزيدوا على هذا المقدار شيأ لكن لا يخفى على الفطن المتامل أن تعليلهم المذكور بدون تلك الكلية لايفيد الشفاء فى اثبات المدعى هنا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلية الواقعة فى كلام صاحب العناية قصد الاصلاح حيث قيد قوله لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل بان قال اذا لم يمنع مانع كما فى الجمع بين الاختين وسائر ما لايجوز الجمع بينهما أقول هذا التقييد يخل بالمقام أما أولا فلان التعليل المذكور لا يتم اثباتا للمدعى حينئذ فان عدم تحقق المانع فيما نحن فيه أول المسئلة اذ لو كان بينافى نفسه لما احتيج الى ذكر جواز رهن الاب متاع الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير بعد أن ذكر فيما قبل جواز رهنه اياه بكل واحد منهما وأما ثانيا فلانه لايتم حينئذ قول صاحب العناية دون العكس فان ما يثبت للكل يجوز أن يثبت للجزء اذا لم يمنع عنه مانع سيما فى الامور الهينة (قوله ولهذا قال فى كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصى بغصب مال الصغير لا يلزمه شئ لانه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الاخذ) وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لم لا يكون اقرارا بالاستعمال فى حاجته فانه متعد فيه ولهذا يضمنه اه أقول ليس ذلك بشئ فان الاستعمال فى حاجة نفسه ليس بداخل فى حقيقة الغصب ولا أمر لازم له اذ الغصب فى اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده كما مر ذلك كله فى صدر كتاب الغصب ولا شك فى عدم دخول الاستعمال فى حاجة نفسه فى شئ من معنيى الغصب ولا فى عدم لزومه لشئ منهما فكيف يكون الاقرار بالغصب اقرارا بالاستعمال فى حاجته

مال اليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم (قوله وان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين الى المرتهن) وهذا هو الصواب وفى عامة النسخ قدر القيمة الى المرتهن وهذا سهو وقع من الكاتب وهذا ظاهر لاخفاء فيه لاحد لان حق المرتهن فى قدر الدين لا فى قيمة الرهن (قوله يضمنه لحق المرتهن) وهو الاقل من قيمته ومن الدين ولا يضمنه لحق الصغير وهو قدر الزيادة على الدين (قوله فاذا هلك فى يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه) أى يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصى بمقابلة دينه (قوله ويرجع الوصى على الصبى بذلك لما ذكرنا) أى لانه ليس بمتعد بل هو عامل له

ضاعت العين من مال اليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم وقوله (يضمنه لحق المرتهن) يعنى قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير يعنى قدر الزيادة على الدين وقوله (يأخذه بدينه) أى يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصى بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستئناف وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه ليس بمتعد بل هو عامل له (قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير) قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا فى الجودة ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها

التصرف لكل واحد (قال المصنف لما أن له ولاية الاخذ) أقول لم لايكون اقرارا بالاستعمال فى حاجته فانه متعد فيه ولهذا يضمنه (قوله الدراهم والدنانير) أقول والمكيل والموزون كذلك وانما لم يذكرهما اكتفاء بذكر الدراهم والدنانير

عندأبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره وقوله (فهو بما فيه) يعني فذلك الرهن يباع بمقابلة الدين كما هو وقوله (في الوجهين) يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه أو أكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله (على الخلاف المذكور) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله يهلك بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله (ثم يتملكه) يعني الراهن يتملك الرهن الذي جعل مكان الرهن الاول وقوله (واستيفاء الجيد بالردىء جائز) قال في النهاية هكذا وقع في النسخ

ولكن الاصح أن يقال واستيفاء الردىء بالجيد جائز وانما قلنا ان هذا أصح لوجهين أحدهما أن الاستدلال بقوله كما اذا تجوز به أي في بدل الصرف والسلم يؤذن أن الاصح أن يقال واستيفاء الردىء بالجيد لان التجوز انما يستعمل فيما اذا أخذ الردىء مكان الجيد ولان جواز استيفاء الجيد بالردىء لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج الى الاستدلال بشئ آخر والثاني الاستدلال بوضع المسئلة فان وضع المسئلة فيما اذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة ابريق هي أقل من العشرة لرداءته فكان المرتهن مستوفيا الردىء بمقابلة جيده وأرى أن ما في النسخ حق ويفيد ما يرومه صاحب النهاية رحمه الله فليتأمل وقوله (وقد حصل الاستيفاء بالاجماع) لما عرف أن بقبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض الا بالرد والغرض عدمه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب وهو اما أن يكون الراهن أو المرتهن لا سبيل الى الاول لكونه متعنتا لطلبه ما يضره ولا المرتهن لانه مطالب فلا يكون مطالبا ولانه يلزم تضمين الانسان ملك نفسه لنفسه واذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين وقوله (قيل وهذه فريعة ما اذا الخ) انما يتصور جعلها

لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند أبي حنيفة لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه (وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه) قال رضي الله عنه معناه أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا (فان كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور لهما أنه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله أن الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردىء جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض

(قوله وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه) قال في العناية وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره اه وقال بعض الفضلاء طعنا فيه لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة الى التفصيل اه أقول هذا كلام لغو اذ لا يخفى أن رواية القدوري ليست بمحتاجة الى تفصيل كثير مثل ما تحتاج اليه رواية الجامع الصغير وليس مراد صاحب العناية أن رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل ما حتى يقال ان رواية القدوري أيضا محتاجة الى ذلك بل مراده أن رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل كثير زائد على ما احتاج اليه رواية القدوري كما تممه المصنف في مقدار تمام جانبي الورقة وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله الى تفصيل ذكره فلغا ما قاله ذلك البعض كما لا يخفى (قوله لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن) لما فيه من الضرر بالمرتهن لانه يبطل حق المرتهن في الجودة فيتضرر به ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربا لانه لو صار مستوفيا من دينه ثمانية اعتبارا بالقيمة لصار مستوفيا ثمانية بعشرة من حيث الوزن فيكون ربا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض أي قبض المرتهن في الهالك ويجعل الضمان مكانه ثم يتملكه أي ثم يفتكه الراهن بقضاء الدين فيتملكه أي ذلك الضمان الذي جعل مكان الاول (قوله لينتقض القبض) لا يقال بان القبض قد انتقض لفوات المحل وهو فعل حسي فلا يتصور بدون المحل لانا نقول القبض لا ينتقض الا بالرد أو بالاستيفاء ولم يوجد أحدهما فيكون القبض باقيا حكما وان فات المحل فيصار الى التضمين بخلاف الجنس ليتم القبض صورة ومعنى فيكون معنى قوله في الكتاب لينتقض القبض ليكمل ويتم القبض (قوله وقد حصل الاستيفاء بالاجماع) لانه من جنس حقه وقد قبضه على وجه الاستيفاء ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب ولا مطالب هنا لانه لو كان اما ان يكون هو الراهن أو المرتهن ولا يجوز ان يكون الراهن هو المطالب للنقض بعد قضاء دينه بالردىء لان ذلك يضره ولا ينفعه ولا يجوز ان يكون هو المرتهن لان المرتهن مطالب فلا يصح ان يكون مطالبا للتدافع (قوله وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه) يعني لا يمكن ان يقال أيضا ان المرتهن يضمن لانه صار مستوفيا بالهلاك فصار

وقيل

(قوله وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره) أقول لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة الى التفصيل (قال المصنف وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد الخ) أقول فان قلت لا أولوية لكون هذه فرع تلك دون العكس بل الظاهر

فريعة تلك بناء على ما روى عيسى بن أبان رحمه الله أن محمدا مع أبي يوسف رحمهما الله في تلك المسئلة وأما على الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمدا فيها مع أبي حنيفة رحمه الله وفي هذه مع أبي يوسف رحمه الله وقوله (والفرق لمحمد) يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة أنه أي رب الدين قبض الزيوف ليستوفي حقه من عينها أي أن يكون عينها مقام ماله عليه من الدين والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك والمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلا للرد بالضمان وأخذ مثل حقه فينتقض القبض ووجه البناء ما قيل ان الزيف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء وهناك المستوفي اذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشئ عند أبي حنيفة لمكان الجودة فكذا في الرهن وعندهما هناك يضمن مثل المستوفي ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجودة فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه ولكن جعل هذه المسئلة مبتدأة أولى لانه وجد ههنا للمرتهن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه أن بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد ثمة وقوله (ولو انكسر الابريق) كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر الابريق وكانت قيمته مثل وزنه

قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجبر الراهن على الفكاك لانه ان أجبر عليه فاما أن يكون مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه الى الاول لانه أي المرتهن يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الابريق بالكسر وذلك ربا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل اليه حقه ناقصا اذا لم يسقط شئ من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين أن يفتكه بما فيه أي بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين أن يضمن المرتهن قيمته من جنسه أو خلاف جنسه مصوغا فتكون رهنا عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا يعني لما تقدم أنه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين ولا أن يفتكه مع النقصان بقي ان يفتكه مجانا وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفكاك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه وقالا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بأن يصير الرهن مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح

وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة يمنع الاستيفاء وهو معروف غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا فيها مع أبي حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف والفرق لمحمد أنه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل

والفرق لمحمد رحمه الله) قال صاحب النهاية أي على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة واقتفى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية أقول لم أدر كيف ذهبوا الى هذا الشرح مع ظهور بطلانه اذ قد صرح المصنف بان بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة في تلك المسئلة لان محمدا فيها مع أبي حنيفة وفي هذه المسئلة مع أبي يوسف وذكر الشراح أن بناء هذه على تلك انما تتصور على ما روى عيسى بن أبان أن محمدا مع أبي يوسف في تلك المسئلة ولا يخفى أن الفرق لمحمد بين المسئلتين انما يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن أبان فيها فان قول محمد واحد في المسئلتين

المستوفي ملكه ومن المحال ان يضمن الانسان ملك نفسه ولما تعذر التضمين تعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة فانه يسقط دينه ولا شئ عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه وقول محمد رحمه الله أولا كقول أبي حنيفة رحمه الله وآخرا كقول أبي يوسف رحمه الله كذا ذكره عيسى بن أبان رحمه الله والاصح ان هذه المسئلة مبتدأة لان محمدا رحمه الله مع أبي حنيفة رحمه الله في تلك المسئلة في المشهور ومع أبي يوسف رحمه الله في هذه المسئلة (قوله ولو انكسر الابريق) ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يجبر على الفكاك) لانه لا وجه الى ان يذهب شئ من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة أي بالصياغة ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر أي بالراهن وهذا التعليل لا يطابق قوله لا يجبر على الفكاك بظاهره ووجهه ان يقال لا يجبر على الفكاك لانا لو قلنا بالجبر على الفكاك لا يخلو اما

أن كليهما فرعا أصل واحد قلت بين كيفية التفرع في الشروح فراجعها (قوله يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة) أقول فيه بحث اذ ينهدم حينئذ أمر البناء يعني بناء على قول محمد كما لا يخفى على أولي النهى الا أن يقال المراد كونها بناء عليها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (قوله وعندهما) أقول على رواية عيسى بن أبان (قوله لعلمه بان الهلاك) أقول هذا العلم بعد تقرر المسئلة والكلام فيه (قوله فاما أن يكون مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله أقول يعني أو مع كمال الدين) قوله وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا أو صوابا

أوماشا كل ذلك وقوله (وفى الوجه الثالث وهو ماإذا كانت قيمته أقل من وزنه) بان يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لو جودء شرة فيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربا أو رديأ من جنسه ويكون المضمون رهنا عنده الى أن يحل الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق وأما عندهما فظاهر كما إذا كانت قيمته مثل وزنه فى حالة الانكسار على مامر وكذا عند محمد رحمه الله لانه يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعنى فى هذا الفصل وهو ما اذا كانت قيمة الابريق أقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثانى لاحتياج الثانى الى زيادة بيان فيه طول وفى الوجه الثانى وهو ما اذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته أكثر من وزنه اثنى عشر لجودة وصناعة فيه عند أبى حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده وعند أبى يوسف رحمه الله يضمن خمسة اسداس قيمته وتلك خمسة اسداس الابريق ويفرز سدسه حذرا عن طريان الشيوع فان الطارئ منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند محمد رحمه الله أن النقص بالانكسار ان كان درهما أو درهمين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين أن يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين ووجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن العبرة فى الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما اذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة وان كان بعضه مضمونا كما اذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه وتنقسم الجودة على المضمون والامانة فحصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة وفى مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لان الغرض أن وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم التبع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك أن حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفضل أمانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هى بمنزلة الغصب فى كونها على خلاف رضا الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ووجه قول أبى يوسف رحمه الله أن الضمان والامانة يشيع فى الوزن والجودة لان الجودة متقومة فى ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة

وزنه عند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى أن يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا للحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفى الهلاك الحقيقى مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو فى معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفى جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلى فكان التضمين بالقيمة أولى وفى الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو رديئا من جنسه وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق أما عندهما فظاهر

على روايته فالفرق لمحمد ينافى البناء قطعا والصواب فى شرح هذا المحل أن يقال أى على تقدير أن لا تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها بل كانت مسئلة مبتدأة كما هو الاصح كما ذكره شيخ الاسلام فى مبسوطه ونقل عنه عامة الشراح ههنا ويفصح عما ذكرنا تحرير صاحب الكافى فى هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلكت الزيوف عنده ثم علم بالزيافة فانه سقط دينه ولا شئ عليه فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف يضمن مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه وقول محمد أولا كقول أبى حنيفة وآخرا كقول أبى يوسف كذا ذكره عيسى بن أبان والاصح أن هذه مسئلة مبتدأة لان محمدا مع أبى حنيفة فى تلك المسئلة فى المشهور ومع أبى يوسف فى هذه

ان يجبر على الفكاك ببعض الدين أو بكله لا وجه الى الاول لانه لا وجه الى ان يذهب شئ من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى الثانى بما فيه من الضرر فخيرناه (قوله وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا) لانه لا وجه الى ان يذهب شئ من الدين ولا الى ان يفتكه من النقصان لما فيه من الضرر بالراهن فتعذر الفكاك أصلا فصار بمنزلة الهلاك وفى الهلاك الحقيقى مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو فى معناه قلنا طريق صيرورته مضمونا بالدين ان يجعل مضمونا بالقيمة بقدر الدين لانه عقد استيفاء وسقوط الدين فى الاستيفاء الحقيقى باعتبار ان يجعل مضمونا بالقيمة عليه ثم يقع المقاصة بين ماله وما عليه فكذا فى الاستيفاء الحكمى وجعله مضمونا بالدين فى حال قيام الرهن يؤدى الى اغلاق الرهن وانه حكم جاهلى مردود فى الشرع فصرن الى التضمين بالقيمة لانه لا يؤدى الى الاغلاق لانتقال حكم الرهن الى مثله (قوله عندهما فظاهر) لان

أوالصحيح أوما أوماشا كل ذلك) أقول فيه بحث (قوله احترازا عن الربا الخ) أقول فيه بحث بل التقييد بالجيد للايذان بأنه لا يلزم الربا فى خلاف الجنس وان ضمن بالجيد فليتأمل فان مراده تعليل تقييد ضمان الجيد بكونه خلاف جنسه فان المرتهن ملك عشرة دراهم لضمانه ثمانية ان ضمن قيمته جيدا من جنسه

(بخلاف جنسها وفى تصرف المريض) فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشترى ويعتبر خروجه من الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لا لكونها هدرا فى ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة فى الوزن فامكن اعتبارها ويصير خمسة أسداس الابريق مضمونا بجودته وصنعته وسدسه أمانة فالتغير بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضا فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه ووجه قول محمد رحمه الله أن الوزن مضمون والجودة أمانة للمناسبة لان الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه وصفة الامانة فى المرهون كذلك فيجعل الاصل فى مقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان فى المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك وفى هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان فى الامانة والرهن والمضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكاك كما لو لم ينقص منه شئ واعلم ان الدرهم والدرهمين ليسا بحد فاصل فى ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصناعة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار أن الزيادة فى المسئلة مفروضة بذلك قال (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشترى شيئا بعينه الخ) كان مواضع

وكذلك عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفى الوجه الثانى وهو ما اذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثنى عشر عند أبى حنيفة يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة وعند أبى يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون خمسة أسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة فى ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفى تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفى بيان قول محمد نوع طول يعرف فى موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشترى شيأ بعينه جاز استحسانا) والقياس أن لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيأ

المسئلة والفرق لمحمد أنه قبض الزيوف الى آخر كلامه تبصر

عندهما حالة الانكسار حالة التضمين بالقيمة بكل حال فكذلك عند محمد رحمه الله لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة فيما اذا كانت قيمة القلب أقل من وزنه (قوله استحال ان يكون التابع أمانة) وهذا لان التبع لا يخالف الاصل فلو كان كل الوزن مضمونا يجعل كل الوصف مضمونا وان كان بعض الوزن مضمونا يجعل ما بازائه من زيادة القيمة مضمونا حتى لو كان الدين عشرة مثلا ووزن الرهن خمسة عشر وقيمته ثمانية عشر فلو انكسر يضمن اثنى عشر لان بازاء كل خمسة واحدة فيكون بازاء العشرة اثنان وعند أبى يوسف رحمه الله الصناعة كعين مال قائم فانها معتبرة عند المقابلة بخلاف جنسها وفى تصرف المريض فانه لو باع مائة من الجيد بمائة من الردىء الذى قيمته خمسون لا يعتبر من جميع المال بل من الثلث ولو لم يكن للجودة اعتبار لاعتبر من الجميع كما فى البيع الخالى عن المحاباة ولهذا قال يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا لان الشيوع الطارئ فى ظاهر الرواية كالشيوع المقارن لما مر وعن أبى يوسف رحمه الله ان الشيوع الطارئ لا يمنع فلا يحتاج الى التمييز (قوله وفى بيان قول محمد رحمه الله نوع طول) وهو ان عند محمد رحمه الله ان انتقص بالانكسار درهم أو درهمان يجبر الراهن على الفكاك بقضاء الدين وان انتقص أكثر من ذلك يخير الراهن فان شاء جعله للمرتهن بدينه وان شاء استرده بقضاء جميع الدين لان من أصله ان الضمان فى الوزن والامانة فى الجودة والصنعة باعتبار ان الجودة والصنعة تابعة للوزن وصفة الامانة فى المرهون كذلك فيجعل الاصل بمقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع وهذا لان الصنعة مال من وجه كما قرره أبو يوسف رحمه الله انها مال تبعا للاصل ولكن ليس له حكم المالية والتقوم منفردا عن الاصل كما ان حكم الرهن فيما هو أمانة ثابت من وجه وهو الحبس بالدين وليس بثابت فى حكم الضمان فاذا كانت الامانة ههنا فى الجودة والصنعة قلنا اذا لم ينتقص بالانكسار أكثر من قدر الدرهمين فالفائت ما كان أمانة فيجبر الراهن على الفكاك وان كان انتقص أكثر من ذلك فقد فات شئ من المضمون وحالة الانكسار عند محمد رحمه الله معتبرة بحالة الهلاك وفى هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما بينا كذا فى المبسوط (قوله ومن باع عبدا على ان يرهنه المشترى شيأ بعينه جاز استحسانا) ولو لم يكن معينا كان العقد فاسدا قياسا واستحسانا (قوله

(قوله بخلاف جنسها) أقول لئلا يلزم الربا فانه اذا ضمن بجنسه ملك المرتهن عشرة دراهم بمقابلة اثنى عشر (قوله فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه) أقول حذرا عن الربا

على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا فى المجلس فقبل وجه القياس أنه صفقة فى صفقة وهو منهى عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا فى المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقى الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر فى المجلس وقبل صح (ولو امتنع المشترى عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط فى البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة فى الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار ان شاء رضى بترك الرهن وان شاء فسخ البيع) لانه وصف مرغوب فيه وما رضى الا به فيتخير بفواته (الا أن يدفع المشترى الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن رهنا) لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن) لانه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء

(قوله فاذا كان الكفيل حاضرا بالمجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى) قال صاحب الكفاية أى معنى الشرط وهو الملاءمة أقول ليس هذا بسديد اذ لا يساعده تحرير المصنف قطعا فانه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام المصنف على ما ذكره الشارح المذكور وهو أى معنى الشرط الذى هو الملاءمة ملائم ولا حاصل له كما لا يخفى فالحق أن مراد المصنف اعتبرنا فيه المعنى أى معنى الشرط الذى هو الاستيثاق وهو أى هذا المعنى الذى هو الاستيثاق ملائم أى ملائم للعقد لكونه مؤكدا موجب العقد فصح العقد وهذا المعنى صحيح مطابق لقوله فى وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه ملائم للوجوب (قوله واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) أقول فيه شئ وهو أن التعليل بقوله للجهالة قاصر عن افادة تمام المدعى فانه انما يتمشى فيما اذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما اذا كان الكفيل غائبا اذ الغيبة لا تقتضى الجهالة لجواز أن يكون معلوما معينا ولا يكون حاضرا فى المجلس بل هو المراد بقوله أو كان الكفيل غائبا حيث جعله

حاضرا فى المجلس فقبل) أى الكفيل الكفالة (قوله ولانه شرط لا يقتضيه العقد) لان ما يقتضيه العقد يجب بالعقد دون الشرط كتسليم المبيع على البائع أو تسليم الثمن على المشترى (قوله وفيه منفعة لاحدهما) أى للبائع (قوله وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد) لان المقصود بالكفالة والرهن التوثيق بالثمن فاشتراطها فى معنى اشتراط زيادة وصف الجودة فى الثمن فاذا كان الكفيل حاضرا فى المجلس والرهن معينا اعتبرنا المعنى أى معنى الشرط وهو الملاءمة فيصح العقد (قوله فبقى الاعتبار لعينه فيفسد) أى لعين الشرط لانه لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة لانه لما كان مجهولا يكون المشترى بسبيل من ان يرهن شيأ يساوى عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملئ وليس فيه من التوثيق شئ فبقيت العبرة لعينه وانه ادخال صفقة فى صفقة فيفسد به العقد (قوله صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة) أى الرهن ثبت فى ضمن عقد لازم وهو البيع فيصير الوفاء به مستحقا كما اذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة لازمة ولا يملك الراهن عزله عنها ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن ولا جبر على المتبرع وانما صار حقا من حقوقه اذا وجد ولم يوجد بعد والوعد بالرهن لا يكون فوق الرهن ولو رهنه لا يلزم ما لم يسلم فلان لا يعتبر لازما بالوعد أولى (قوله أو يدفع قيمة الرهن رهنا) وفى بعض الفوائد المراد بالقيمة الدراهم والدنانير لان قيمة الشئ ما يقوم مقامه وكأنها هو وأما اذا أراد ان يرهن مكانه عينا آخر فحينئذ يحتاج الى رضا المرتهن (قوله ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن) ذكر فى بعض الحواشى أى ثوبا آخر غير المبيع وذكر الامام التمرتاشى فى الجامع الصغير اشترى ثوبا

والعبرة

وقوله (لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) يعنى أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيثاق لان المشترى ربما يأتى بشئ يساوى عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملئ وليس فى ذلك من التوثق شئ فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد وقوله (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن) قيل يريد به ثوبا غير المشترى والصواب أنه وغيره سواء ولو قال أمسكه بدينك أو قال أمسكه رهنا حتى أعطيك ثمنك فهو رهن بلا

والعبرة فى العقود للمعانى حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة فى ضد ذلك كفالة وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن أبى يوسف لان قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثانى أقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال أمسكه بدينك أو بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء علم أن مراده الرهن

*(فصل ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدى باقى الدين) وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة فى حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع فى يد البائع فان سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيأ من المال الذى رهنه به فكذا الجواب فى رواية الاصل وفى الزيادات له أن يقبضه

قسيما لكون الرهن والكفيل غير معين اللهم الا أن يقال ان الجهالة المذكورة فى التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان وان الجهالة الثانية تتحقق فيما اذا كان الكفيل غائبا لكن فيه ما فيه تامل ثم ان صاحب العناية قال فى شرح هذا المقام يعنى أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان باعتبار النظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيثاق لان المشترى ربما يأتى بشئ يساوى عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملئ وليس فى ذلك من التوثق شئ فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد انتهى أقول وفيه قصور أما أولا فلانه ترك ذكر كون الكفيل غير معين فى تصوير المدعى حيث قال واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه مع أن كون الكفيل غير معين داخل أيضا فى مسئلة الكتاب وأما ثانيا فلان قوله فى التعليل أو يعطى كفيلا غير ملئ لا يفيد ما سبق له وهو قوله فى المدعى والكفيل غائبا لما ذكرنا آنفا أن غيبة الكفيل عن المجلس لا تقتضى عدم تعينه فيجوز أن يعين المشترى للكفالة رجلا مليأ غائبا عن المجلس فكيف يقدر على أن يعطى كفيلا غير ملئ بعد أن عين الملئ للكفالة والحاصل فى تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا أن يقال لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره أو انفهامه من قوله ولو كان غائبا فحضر فى المجلس وقبل صح تدبر

(فصل) قال فى العناية أخذا من النهاية وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء فى تأخر التعدد عن الافراد انتهى أقول لا يذهب عليك أن هذا الوجه انما يتم بالنظر الى المسئلة الاولى من هذا الفصل دون

وقبضه ثم أعطى البائع وقال له امسك بثمنك أو قال امسكه رهنا حتى أعطيك ثمنك فهو رهن فى القولين فعلم بهذا أنه لا تفاوت بين ان يشير بقوله الى ثوب آخر أو ثوب اشتراه وقبضه لان الثوب لما اشتراه وقبضه كان هو وسائر الاعيان المملوكة سواء فى صحة الرهن (قوله والحوالة فى ضد ذلك) أى الحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة (قوله لما مده الى الاعطاء) أى مد امساك الثوب الى وقت اعطاء الثمن علم ان مراده الرهن لانه حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفكاك فاذا صرح بهذا علم ان مراده الرهن وذلك لان التصريح بموجب العقد كالتصريح بلفظه فكأنه قيل رهنتك بالثمن ألا ترى انه لو قال ملكتك هذا الثوب بعشرة كان هذا وقوله بعتك بالعشرة سواء والله أعلم

(فصل) (قوله مبالغة فى حمله على قضاء الدين) لان قصد المرتهن اضجار الراهن ليتسارع الى قضاء الدين فلو تفرد الراهن بالتفريق يأخذ ما يحتاج اليه ويتكاسل فى قضاء الباقى فلا يحصل المقصود ولهذا اذا نقد المشترى بعض الثمن وأراد ان يأخذ بعض المبيع لا يملك ذلك فكذا هنا والجامع ان كل واحد من المبيع والمرهون محبوس بكل الدين والثمن فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائهما ليكون حاملا له على قضائهما (قوله فان سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيأ من المال الذى رهنه به) بان قال رهنتك هذين العبدين وكل واحد منهما بخمسمائة وسلمهما اليه ثم نقد خمسمائة وقال أديت عن هذا العبد وأراد ان يأخذ ذلك العبد فكذا

خلاف وقوله (علم أن مراده الرهن) لان حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفكاك فاذا صرح بهذا علم أن مراده الرهن

(فصل) وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء فى تأخر التعدد عن الافراد قوله (وصار كالمبيع فى يد البائع) فى أن المشترى اذا أدى حصة أحدهما من الثمن فى البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدى باقى الثمن فاذا سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيا كما لو رهن عبدين بالف كل عبد بخمسمائة ثم قضاه خمسمائة فكذلك الجواب فى رواية الاصل وفى الزيادات له أن يقبض اذا أدى ما سمى ووجه كل واحد منهما ما ذكر فى الكتاب

(فصل) ومن رهن عبدين (قوله ووجه الفصل كون الرهن متعددا) أقول أو الراهن أو المرتهن

اذا أدى ما سمي له وجه الاول أن العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني أنه لا حاجة الى الاتحاد لان أحد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر ألا يرى انه لو قبل الرهن في أحدهما جاز

المسائل الباقية منه اذ لا تعدد في الرهن في شيء منها وانما التعدد في المرتهن في بعض منها وفي الراهن في بعض آخر منها فالاولى أن يقال وجه الفصل كون الرهن أو المرتهن أو الراهن متعددا كما أشار اليه في غاية البيان فحينئذ ينتظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما ترى (قوله ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز) قال صاحب النهاية والعناية وحاصله أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكأنه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعه عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود كما أن بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه انتهى أقول فيه بحث وهو أن حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك بدليلين أحدهما اني وهو أنه لو رهن عبدين بالف وسمى لكل واحد منهما شيأ من الالف فقبل المرتهن الرهن في أحدهما دون الآخر جاز وان باعهما بالف وسمى لكل واحد منهما شيأ من الالف فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز وثانيهما لمي وهو ما ذكراه بقولهما وهذا لان البيع عقد تمليك الخ والاول منهما سالم والثاني منظور فيه عندي اذ لا شك أن المحذور تفريق الصفقة الواحدة دون تفريق الصفقة المتفرقة في الاصل وأن الكلام هنا في اثبات أن الصفقة تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتادي الى تفريق الصفقة في باب البيع على تقدير أن يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد بل هو أول من قصد اثباته ههنا بقولهما وهذا لان البيع عقد تمليك الخ فابتناء الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الظاهر في لمية الفرق بين بابي الرهن والبيع في تفرق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما افترقا لان ضم الرديء الى الجيد متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري أن يقبل في أحدهما فيقبل الجيد فيتضرر به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتضرر به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطا في الاولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان أحد العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوي أحدهما ألفا والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بالف والآخر بالفين ولم يبين هذا من ذاك وأراد الراهن فكاك الذي قيمته ألفان فادى ألفا وهو يقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن يقول بل هو رهن بالفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هنالك تفضي الى المنازعة فلهذا يمكن فكاك البعض بقضاء بعض الدين انتهى أقول في الجواب بحث أما أولا فلانه لم لا يجعل قيمة كل واحد من العبدين فيصلا في قطع المنازعة في حالة الاجمال

الجواب في رواية الاصل أي لم يكن له ذلك وفي رواية الزيادات وقيل الاصح له ذلك (قوله وجه الاول) أي وجه رواية الاصل ان العقد متحد لاتحاد الموجب والقابل وعند اتحادهما لا يتفرق العقد بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني أي وجه رواية الزيادات وهو الاصح ان البيع لا يتفرق بتفرق التسمية عند اتحاد

قال

وقوله (ألا يرى) توضيح لذلك فانه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكأنه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعه عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به

(قوله وهذا لان البيع الخ) أقول قوله وهذا أي وجه الفرق بين البيع والرهن حيث لا يتمكن المشتري من قبض حصة الثمن بنقده في الاول ويتمكن الراهن باداء حصة أحد الرهنين من استرداده بانه لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام في الرهن على تقدير اتحادها بخلاف البيع فلا حاجة الى الاتحاد فيه

كما أن بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء

قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما) لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبي

ولولا ذلك لما كان في قول المصنف في صدر مسئلة الاجمال وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما فائدة وأما ثانيا فلانه اذا كان العبدان متساويين في القيمة لا يوجد هنالك جهالة تفضي الى المنازعة مع أن جواب مسئلة الاجمال تعم هذه الصورة أيضا فالاولى في دفع النقض بحالة الاجمال أن يقال لان تفرق الصفقة انما يتصور فيما اذا كان في كلام العاقد ما يحتمله كما في حالة التفصيل فان تفرق التسمية فيها تحتمل تفرق الصفقة بخلاف حالة الاجمال اذ لم يوجد فيه شيء يحتمله فاذا تعين الحمل فيها على تفرق الصفقة فيها وان لم يلزم التادي الى تفريق الصفقة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير أن يحمل عليه في حالة الاجمال أيضا تأمل (قوله فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه) قال صاحب العناية أخذا من النهاية قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد فان العقد فيهما أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتقسم عليهما للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه الى هنا كلامه أقول هذا السؤال والجواب على التقرير المذكور ليسا بصحيحين في حق الهبة اذ لا فرق على قول أبي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيوع في شيء من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها منهما وانما الفرق بينهما على قول أبي حنيفة ألا يرى الى ما مر في كتاب الهبة من انه اذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهب واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقالا يصح لان هذه أشبهت الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما لو رهن من رجلين وله أن هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم فقبل أحدهما صح لان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف

العاقدين والرهن يتفرق ولهذا لو قبل المشتري البيع في أحدهما دون الآخر لا يصح ولو قبل المرتهن العقد في أحدهما عند تفرق التسمية صح وانما افترقا لان ضم الرديء الى الجيد متعارف في البيع فلو تفرق البيع بتفرق التسمية صح وكان للمشتري ان يقبل في أحدهما فيقبل الجيد فيتضرر به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لا يتضرر به الراهن لان الحكم لا يتفاوت في ذلك اذ هو مضمون بما قابله من الدين سواء كان وحده أو مع غيره ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطا في الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد به اما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة ولان البيع عقد تمليك والهلاك قبل التسليم مبطل للبيع فبعد ما نقد المشتري بعض الثمن أو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فيفسخ البيع به بخلاف الرهن فان بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما ان بافتكاك الرهن ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لا يؤدي ذلك الى تفريق الصفقة لان أكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن في حالة الاجمال حصة كل واحد من العبدين من الدين غير معلوم بيقين فاما عند التفصيل ما رهن به كل عبد معلوم بالتسمية فلهذا تمكن من فكاك البعض بقضاء الدين (قوله فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما جاز) سواء كانا شريكين فيه أو لا وجميعها رهن عند كل واحد

بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان أحد العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوي أحدهما ألفا والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بالف والآخر بالفين ولم يبين هذا من ذاك وأراد الراهن فكاك الذي قيمته ألفان فادى ألفا يقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن يقول بل هذا رهن بالفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هنالك تفضي الى المنازعة فلهذا تمكن من فكاك البعض بقضاء بعض الدين قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين الخ) صورة المسئلة ظاهرة ولم يتعرض لكونهما شريكين في الدين أو غيره ولا لكون الدينين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما دراهم ودين الآخر دنانير لان الكل في ذلك سواء وقوله (لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه) قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو

(قوله فانه بالهلاك ينتهي) أقول أي بالهلاك في يد المرتهن (قوله فلو تمكن من استرداد) أقول أي فلو تمكن الراهن

وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فان العقد فيهما أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب أن اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيد الاملاك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تنقسم عليهما للجواز و الرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لابد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه وهذا هو الجواب لابي حنيفة رضي الله عنه في جعل ذلك شائعا مانعا عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله (فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) يشير الى أن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن وقوله (لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده وأجيب بان ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينهما فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا الخ) هذه عكس المسئلة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما اذا كان في يد رجل ادعاه رجل أنه رهنه عبده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها وجملتها أن العبد اما أن يكون في أيديهما أولا في يد واحد أو في يد أحدهما فان كان في يد أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل الرهن

حنيفة (فان تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) قال (والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين) لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزأ قال (فان أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر) لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين) لان قبض

فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيأ من الرهن انتهى فلا معنى لنقض ما نحن فيه بالهبة على قول أبي يوسف ومحمد أصلا ولا للجواب عنه على قولهما بما ذكر في الجواب المذكور من الفرق كما لا يخفى (قوله وان أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) قال في العناية أخذا من النهاية اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكن يسترده وأجيب بان ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينهما فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا انتهى أقول هذا الجواب غير شاف في دفع الاعتراض المذكور لان السائل بسط مقدمة وهي أن المرتهن الذي استوفى حقه من الرهن انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء

منهما لان الرهن أضيف الى كل العين في صفقة واحدة ولا شيوع في المحل باعتبار تعدد المستحق وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بدين كل واحد منهما وكان استحقاق الحبس لهما استحقاقا واحدا من غير انقسام بينهما (قوله وهذا بخلاف الهبة من رجلين) لان موجب الهبة ثبوت الملك والشيء الواحد يستحيل ان يكون كله مملوكا لرجلين لكل واحد منهما على الكمال في زمان واحد فدخل فيه الشيوع ضرورة فاما حكم الرهن هو الحبس والعين الواحدة يجوز ان تكون محبوسة بحق كل واحد منهما على الكمال اذ لا تضايق في استحقاق الحبس لهما استحقاقا واحدا من غير انقسام بينهما ألا ترى ان الرهن الواحد لا ينقسم على أجزاء الدين بل يكون محبوسا كله بكله وبكل جزء منه فكذا هنا تكون العين محبوسة بحقهما وبحق كل واحد منهما فلا يدخل فيه الشيوع (قوله وعلى هذا حبس المبيع اذا اشترى

(قوله لكون القبض لابد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه الخ) أقول وكذلك في الهبة فلم يحصل الجواب على قولهما وكان المراد ذلك (قال المصنف فان تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) أقول هذا اذا كان مما لا يتجزأ فظاهر وان كان مما يتجزأ وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع أحدهما كله الى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة خلافا لهما وأصل المسئلة الوديعة فيما اذا أودع رجل عند رجلين شيأ يقبل القسمة فدفع أحدهما كله الى الآخر قيل الدافع يضمن عنده خلافا لهما كذا في شرح الزيلعي وقد نص عليه المصنف في كتاب الوديعة حيث قال وكذا الجواب في المرتهنين (قوله هذه عكس المسئلة المتقدمة وهي واضحة ومن شعبها) أقول الضمير في شعبها راجع الى المسئلة (قوله وهو أحد الوجوه) أقول أي كونه في يد رجل (قوله وجملتها أن العبد اما أن يكون في أيديهما أولا في يد أحدهما) أقول

سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم الا أن يقيم الآخر بينة أنه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد رحمه الله في الاصل وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما ثمة يثبت في جميع الرهن حتى اذا قضى دين أحدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضي دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد أشار المصنف رحمه الله الى هذا في الوجه الاول بقوله لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الخ وباقي كلامه واضح والله تعالى أعلم

الرهن يحصل في الكل من غير شيوع (فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) لان كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كأنهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما أثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا أخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة لان الباطل لا حكم له قال (ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا) وهو قول أبي حنيفة ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول أبي

الحقيقي ففرع عليها قوله فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك أن تلك المقدمة صادقة وانها تقتضي أن لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه باقيا بعد استيفاء حقه لان مقصوده من الرهن قد انتهى باستيفاء حقه فما وجه بقاء ارتهانه بعده وبالجملة بقاء ارتهان كل واحد منهما ما لم يصل الرهن الى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو يقول لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء أحدهما حقه اذا كان الرهن في يد الآخر ويستند في ذلك الى المقدمة التي بسطها في أول كلامه فلا يشفيه الجواب المذكور (قوله فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) قال صاحب العناية وهو أحد الوجوه في هذه المسئلة وجملتها أن العبد اما أن يكون في أيديهما أولا في يد واحد أو في يد أحدهما فان كان في يد أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم الا أن يقيم الآخر بينة أنه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب انتهى أقول في تحريره المذكور نوع اختلال واضطراب فانه ذكر التفصيل في الشق الثالث بقوله فان علم الاول منهما الخ وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما لم يكن في يد واحد منهما مع أن هذا التفصيل مما لابد منه في ذلك الشق أيضا وأيضا ان أراد بمسئلة الكتاب في قوله وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب قول المصنف وان أقام

رجلان من رجل فادى أحدهما حصته لم يكن له ان يقبض شيأ فكان للبائع ان يحبس المبيع حتى يستوفي ما على الآخر (قوله وان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه) صورة المسئلة رجل في يده عبد فادعاه رجلان كل واحد منهما يقول لذي اليد قد رهنتني بالف درهم وقبضته منك ثم أخذته مني بطريق العارية أو الغصب وأقاما البينة على ما ادعيا فهو باطل (قوله كأنهما ارتهناه معا اذ جهل التاريخ بينهما) أصله العرقي والحرقي والهدمي (قوله وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا رحمه الله أخذ به لقوته) ووجه الاستحسان ضعيف لان ذلك عمل على خلاف ما قامت به البينة لان كل واحد منهما أثبت لنفسه حبسا وهو طريق الى مثله من الاستيفاء ولو جعلناه كالرهن من اثنين فقضينا لكل واحد بحبس هو طريق الى شطره من الاستيفاء والحكم بخلاف الحجة باطل

(قال المصنف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر) أقول هذا اذا لم يؤرخا فان أرخا كان صاحب التاريخ الاقدم أولى لانه أثبته في وقت لا ينازعه فيه أحد وكذا اذا كان الرهن في يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لان تمكنه على القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد كذا في شرح الزيلعي واذا أرخ أحدهما ففيه تفصيل مذكور في غاية البيان لا فرق بين أن يكون في أيديهما وأن لا يكون في يد واحد منهما فانه لا تقبل البينة في حال حياة الراهن على المختار وتقبل بعدها (قوله وان كان في أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى الخ) أقول وهذا التفصيل لابد منه في المسئلة الاولى فان كونها مسئلة الكتاب على تقدير جهل التاريخ (قوله قال محمد في الاصل وبه أي بالقياس نأخذ) أقول يعني في المسئلة الاولى (قوله لوجود الرضا من كل واحد منهما) أقول تعليل لقوله يثبت في جميع الرهن

(باب الرهن يوضع على يد العدل) لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما رجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقفو حكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن فى يده ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه لكنه يخالف المفرد فى مسائل ذكرها فى النهاية عن شيخ الاسلام والتمرتاشى رحمهما الله قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل الخ) كلامه واضح وقوله (ذكر قوله فى بعض النسخ) اشارة الى أن فى بعضها ليس كذلك فانه ذكر فى المبسوطين وشرح الاقطع ابن أبى ليلى بدل مالك وكأنه شك فى هذه الرواية عن مالك فان القبض ليس بشرط عنده كما مر فى أول هذا الكتاب فان ثبت ذلك عنده كان عنده روايتان وقوله (ولهذا يرجع العدل عليه) أى على الراهن عند الاستحقاق يعنى اذا هلك الرهن فى يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم تكن يده يد الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه وقوله (ولنا) ظاهر

(باب الرهن يوضع على يد عدل) (قوله ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل) أقول الرضا ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بلازم فى العدل فالاولى أن يقال سواء رضيا ببيعه الرهن أم لا قال الاتقانى قال الحاكم الشهيد فى الكافى وليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لانه مامور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وانما وهو وكيل الراهن ببيعه) أقول غير مسلم كليا

يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم أصلى لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وأنه باطل للشيوع كما فى حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه فى حالة الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع فى الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة تهاترت فى حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله أعلم

(باب الرهن يوضع على يد العدل)

قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز) ذكر قوله فى بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا أن يده على الصورة يد المالك فى الحفظ اذ العين أمانة وفى حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن

الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التنافى بينه وبين قوله فيما قبل وان لم يكن فى يد أحدهما فهو المذكور فى الكتاب أولا وان أراد بها قول المصنف ولو مات الراهن والعبد فى أيديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده قال محمد فى الاصل وبه أى بالقياس نأخذ فان محمدا انما يأخذ بالقياس فى المسئلة الاولى لا فى المسئلة الثانية فكان حق قوله المزبور أن يذكر متصلا ببيان المسئلة الاولى كما لا يخفى

(باب الرهن يوضع على يد العدل)

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر فى هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما أن حكم النائب يقفو حكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع

(قوله فيكون القضاء به) أى القضاء بالحبس للاستيفاء قضاء بعقد الرهن وأنه باطل للشيوع كما فى حالة الحياة وجه الاستحسان أن المقصود بعد موت الراهن اثبات الاختصاص وهو كونه أحق به من سائر الغرماء دون الحبس وكل واحد منهما أثبت لنفسه الاختصاص بالعين حتى يباع له فى دينه وهذا مما يحتمل الشركة فيقضى لكل واحد منهما بالنصف فاما فى حالة الحياة فالمقصود هو الحبس وذا مما لا يحتمل الشركة فى العين اذ الشائع لا يدوم حبسه وهو نظير ما لو ادعى رجلان نكاح امرأة بعد موتها وأقام كل واحد منهما البينة يقضى لكل واحد منهما بنصف ميراث الزوج بخلاف حال الحياة وكذا لو ادعت أختان نكاح رجل بعد موته وأقامتا البينة يقضى لكل واحدة منهما بالمهر وبنصف ميراث النساء بخلاف حالة الحياة لان الميراث هو المقصود بعد الموت وهو مال يحتمل الشيوع والشركة بخلاف حالة الحياة لان المقصود ثم الحل وهو لا يقبل الاشتراك والله أعلم

(باب الرهن الذى يوضع على يد العدل)

(قوله واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز) وقال مالك رحمه الله لا يجوز لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه أى على الراهن دون المرتهن عند الاستحقاق بان هلك الرهن فى يد العدل ثم استحقه رجل فانعدم القبض وقوله فى هذا الباب فانعدم القبض مشعر باشتراط القبض عند مالك رحمه الله وقد ذكر فى أول كتاب الرهن وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد وهو نص على عدم اشتراطه فكأن له قولين فى اشتراطه وذكر فى المبسوط وشرح الاقطع ابن أبى ليلى مكان مالك رحمه الله ههنا وفى المبسوط قال ابن أبى ليلى لا يتم الرهن بقبض العدل حتى اذا هلك الرهن فى يد العدل لم يسقط الدين وان مات الراهن فالمرتهن أسوة للغرماء فيه ولنا ان قبض العدل كقبض المرتهن فيتم به الرهن وهذا لان اليد فى باب الرهن على الصورة أمانة وعلى المعنى مضمونة فكانت يده على الصورة يد المالك فى الحفظ وعلى المعنى وهو المالية يد المرتهن لان يده

وقوله (لانه نائب عنه فى حفظ العين كالمودع) يشير الى دفع ما عسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن فى حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به فان قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لان ذلك اما أن يكون من حيث أمره بذلك وذلك غير صحيح لان الامر انما يصح اذا لاقى حقا مستحقا للآمر وبعقد الرهن لم يصر القبض حقا له حتى كان للراهن أن يمنعه منه واما أن يكون من حيث موافقة الراهن اياه فى الوضع على يد العدل ولا تأثير لذلك لانهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم فكذا لو اتفقا على قبض العدل فالجواب أنه قابض من حيث أمره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ للعقد والراهن ينفرد به لكونه غير لازم والقبض حقه مادام العقد باقيا وقوله (لا يقدر أن يجعل القيمة) أى العدل لا يقدر أن يفعل ذلك لما ذكره وقوله (ولو تعذر اجتماعهما رفع) قال فى النهاية أى رفع العدل أحدهما الى القاضى وفى بعض الشروح يرفع الامر الى القاضى أحدهما اما الراهن أو المرتهن وهو أظهر

(قوله على أنه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به) أقول فيه بحث (قوله قال فى النهاية أى يرفع العدل أحدهما الى القاضى الى قوله وهو الاظهر) أقول قال الاتقانى وذلك ليس بشئ لان العدل هو الضامن للقيمة فبعيد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم الى القاضى انتهى وفيه بحث

وانما يرجع العدل على المالك فى الاستحقاق لانه نائب عنه فى حفظ العين كالمودع قال (وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه) لتعلق حق الراهن فى الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما ابطال حق الآخر (فلو هلك فى يده هلك فى ضمان المرتهن) لان يده فى حق المالية يد المرتهن وهى المضمونة (ولو دفع العدل الى الراهن أو المرتهن ضمن) لانه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية وأحدهما أجنبى عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبى (واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى أحدهما وقد استهلكه المدفوع اليه أو هلك فى يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنا فى يده) لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على أن يأخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده أو عند غيره ولو تعذر

الرهن فى يده وزاد عليه صاحبا النهاية والعناية قيدا آخر حيث قالا ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل أقول لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو الجارى بين الناس فيما هو الغالب والا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم فى معنى العدل وعن هذا قال الحاكم الشهيد فى الكافى ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لانه مامور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وانما يرجع العدل على المالك فى الاستحقاق لانه نائب عنه فى حفظ العين كالمودع) قال صاحب العناية يشير الى دفع ما عسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن فى حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به انتهى كلامه أقول هذه العلاوة التى زادها الشارح المذكور من عند نفسه ليست بشئ فان عدم قول الخصم بذلك لا يقتضى سقوط السؤال المتجه على أصلنا اذ لا يلزم أن يكون توجه السؤال من قبل الخصم وعن هذا تراهم يقولون ليس للسائل مذهب ولو سلم ذلك فللخصم أن يورد السؤال المذكور علينا بطريق الالزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده فالجواب

يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل العدل منزلتهما تحقيقا لغرضهما ويجوز ان تجعل اليد الواحدة حكم اليدين كما قالوا فيمن عجل زكاة ماله الى الساعى كان يد الساعى يد صاحب المال من وجه حتى لو انتقص النصاب قبل حولان الحول أو هلك النصاب كان لصاحب المال استرداد ما دفعه الى الساعى اذا كان ما دفعه اليه قائما فى يده ويد الفقير من وجه حتى لو هلكت الزكاة فى يد الساعى وبقى النصاب الى آخر الحول يقع المؤدى زكاة كما لو دفعه الى الفقير فكذلك يد العدل ههنا فان كان يرجع بضمان الاستحقاق على الراهن فذلك لا يدل على ان يده يد الراهن لا غير كالمرتهن اذا هلك الرهن فى يده ثم استحقها مستحق وضمنه فانه يرجع على الراهن بما ضمن وبدينه على ما يجئ فى آخر هذا الباب ثم انما لا يرجع العدل على المرتهن بضمان الاستحقاق مع ان العدل نائب عن المرتهن فى القبض للحبس له لان المستحق انما يضمن للعدل بضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل ولم يوجد من المرتهن نقل ولا تحويل لا حقيقة ولا حكما بل وجد نقل العين من العدل والعدل فى حق العين نائب عن الراهن وفى حق المالية نائب عن المرتهن فكانت العبرة لنقل العين لان العين هو الاصل فلذلك رجع بضمان الاستحقاق على الراهن دون المرتهن (قوله لا يقدران يجعل القيمة رهنا فى يده) أى لا يقدر العدل ان يجعل القيمة رهنا فى يده لان القيمة وجبت دينا فى ذمته ولو جعلها رهنا فى يده صار الواحد قاضيا ومقتضيا ماعليه وبينهما تناف ولكن يتفقان على ان يأخذاها منه ويجعلاها

(ولوفعل ذلك) أى جعل القيمة فى يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال أن العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له أى للعدل لان كل ذى حق وصل الى حقه الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين فلو أخذها أحدهما اجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين فى حق الراهن وبدله من حيث المالية فى حق المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن

اجتماعهما برفع أحدهما الى القاضى ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد (وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه) لان العين لو كانت قائمة فى يده يأخذها اذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال (واذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) لانه توكيل ببيع ماله (وان شرطت فى عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل) لانها لما شرطت فى ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفى العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعى (ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه) لانه لازم بأصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره (وان مات الراهن لم ينعزل) لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال (وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه فى حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته) لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه

الحق عنه ما أشار اليه المصنف لا غير (قوله ولو فعل ذلك) قال فى النهاية والعناية أى جعل القيمة فى يد العدل رهنا وقال بعض الفضلاء فيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند العدل الاول

رهنا عنده أو عند غيره وان تعذر اجتماعهما برفع أحدهما الامر الى القاضى ليفعل كذلك ولو فعل ذلك أى جعلت القيمة فى يد العدل (قوله فالقيمة سالمة له) أى للعدل (قوله وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن) أى وان كان العدل يضمن القيمة بسبب الدفع الى المرتهن كان للراهن ان يأخذ القيمة منه فهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن بذلك ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية أو على وجه الوديعة وهلك فى يد المرتهن لا يرجع وان استهلك المرتهن يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه فان هلك فى يده لا يضمن وان استهلك يضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان كان قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه لدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلك الرهن أو هلك لانه دفع اليه على وجه الضمان (قوله ولا جمع فيه بين البدل والمبدل بهذا اللفظ) تحرز عن المسئلة الاولى وهى ما لو ضمن العدل القيمة بسبب دفع الرهن الى الراهن وهناك لو قضى الراهن دينه الى المرتهن ثم أراد أخذ القيمة من العدل كان جامعا بين البدل والمبدل لانه وصل اليه عين حقه وهو الرهن أولا ثم لو أخذ منه قيمته كان جامعا بين البدل والمبدل فلذلك لا يأخذ القيمة هناك وأما ههنا فلا جمع بينهما (قوله لانه توكيل ببيع ماله) وهذا لان الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء وبالتوكيل يصير جانب الاستيفاء أوثق فكان بالجواز أحق نعم فيه تعليق الوكالة بالشرط لكنها اسقاط والاسقاطات تقبل التعليق وهذا لانه كان ممنوعا عن التصرف فى هذه العين لحق المالك فاذا وكله فقد أسقط حقه (قوله ألا ترى انه لزيادة الوثيقة) أى التوكيل لزيادة الوثيقة والرهن وثيقة فيكون التوكيل وصفا من أوصاف الرهن فيلزم بلزوم الرهن (قوله كالوكيل بالخصومة بطلب المدعى) أى اذا وكل المدعى عليه بالخصومة بطلب المدعى لا يملك عزله بغير محضر من الخصم لانه تعلق به حق المدعى (قوله لانه لازم بأصله) وهو التوكيل بالبيع فكذا بوصفه وهو الاطلاق (قوله لان العقد) أى عقد الرهن (قوله فيبقى بحقوقه وأوصافه) الحقوق الحبس والاستيفاء والوكالة والاوصاف اللزوم وجبر الوكيل

فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما فى يده أخذه اذا أدى الدين فكذا ما يقوم مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية أو الوديعة وهلك فى يد المرتهن لا يرجع وان استهلك يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه فان هلك فى يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان وقوله (واذا وكل الراهن المرتهن) كلامه واضح وقوله (فليس للراهن أن يعزل الوكيل) يعنى بدون رضا المرتهن وقوله (ألا ترى أنه) أى أن عقد الوكالة (لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله) أى عقد الرهن وقوله (لانه) أى عقد الوكالة (لازم بأصله فكذا بوصفه) وهو الاطلاق لما ذكرنا أنه صار حقا من حقوقه وقوله (لان العقد) أى عقد الرهن (لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه) التى هى وأوصافه

(قوله ولو فعل ذلك أى جعل القيمة فى يد العدل رهنا) أقول وفيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند العدل الاول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعى

الحبس والاستيفاء والوكالة (وأوصافه) التى هى اللزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم

وأوصافه (وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لان الوكالة لا يجرى فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن أبى يوسف ان وصى الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصى كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال أعيانا يملك وصى المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار أعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجرى فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب (وليس للمرتهن أن يبيعه الا برضا الراهن) لانه ملكه وما رضى ببيعه (وليس للراهن أن يبيعه الا برضا المرتهن) لان المرتهن أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال (فان حل الاجل وأبى الوكيل الذى فى يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين فى لزومه (وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة) للوجه الثانى وهو أن فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه أما المدعى لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا فى عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثانى وهذا أصح وعن أبى يوسف رحمه الله أن الجواب فى الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب فى الجامع الصغير وفى الاصل (واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد) لقيامه مقام ما كان مقبوضا

أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعى انتهى أقول ان كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر فى النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برأيهما أى برأى الراهن والمرتهن مع أن الحكم فيه أيضا كذلك فهو ممنوع لانه انما لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا برأى القاضى لو كان لفظ جعل فى عبارة النهاية والعناية ولفظ فعل فى عبارة الكتاب مبنيا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه راجعا الى القاضى وأما اذا كان مبنيا للمفعول وكان لفظ القيمة فى عبارة النهاية والعناية قائما مقام الفاعل فيحتمل

وحق بيع ولد الراهن وحق صرف الدراهم بالدنانير (قوله ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) وفى الذخيرة واذا مات العدل فى الرهن وقد كان وكيلا بالبيع فاوصى الى رجل ببيعه لم يجز الا أن يكون الراهن قال له فى أصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن وأجزت لك ما صنعت فيه من شئ فيجوز حينئذ لوصيه أن يبيعه ولا يجوز لوصيه أن يوصى الى ثالث به (قوله أجبر على بيعه) وكيفية الاجبار أن يحبسه القاضى أياما ليبيع فان لم يبع بعد الحبس أياما فالقاضى يبيع عليه وهذا على أصلهما ظاهر وأما على أصل أبى حنيفة رحمه الله فكذلك عند البعض لانه تعين جهة البيع لقضاء الدين هنا وقيل لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين ولا يفسد البيع بهذا الاجبار لانه اجبار بحق فصار كالاختيار (قوله لما ذكرنا من الوجهين فى لزومه) أحدهما انه لما شرط فى عقد الرهن صار وصفا من أوصافه والثانى انه تعلق به حق المرتهن وفى العزل اتواء حقه لا يقال بانه لا يستقيم الاستدلال على الوجه الاول فانه لا يلزم من كون الوكالة وصفا من أوصاف الرهن وكونها لازمة ان يكون الجبر متحققا عليه لانه لا تأثير له فيه لانا نقول انما يثبت وصف اللزوم فى الوكالة حقا للمرتهن فلو لم يجبر على البيع لم تتحقق فائدة اللزوم (قوله وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة) أى بطلب المدعى (قوله بخلاف الوكيل بالبيع) أى الوكيل المفرد لا الوكيل ببيع الرهن وذكر شيخ الاسلام فى مبسوطه العدل يفارق الوكيل المفرد فى أربعة أوجه أحدها انه يبيع الولد والوكيل المفرد لا يبيع الولد والثانى يجبر على البيع متى أبى بخلاف الوكيل المفرد والثالث أنه لا ينعزل بعزل الموكل بخلاف الوكيل المفرد والرابع أنه لا ينعزل بموت الموكل والوكيل المفرد ينعزل وزاد على هذا الامام التمرتاشى مسائل منها ان العدل يبيع الارش وما يؤخذ بالاتلاف والمفرد لا يبيع ومنها أن العدل اذا باع بخلاف جنس الدين كان له أن يصرفه الى جنس الدين والمفرد اذا باع باى ثمن كان لا يجوز أن يصرفه ومنها عبد هو رهن اذا قتله عبد فدفع به فالعدل يبيعه بخلاف المفرد (قوله قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول) ذكر فى المبسوط انه ظاهر الرواية لان الوكالة انما تلزم

ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير كذا فى النهاية وقوله (واذا مات الوكيل انتقضت الوكالة) يعنى والرهن باق كما كان لان الرهن لو كان فى يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلان لا يبطل بموت العدل أولى وقوله (والارث يجرى فيما له) أى لا فيما عليه ألا ترى أن الميت اذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه وان كان له دين على غيره ورثوه وقوله (أجبر على بيعه) يعنى يحبس أياما حتى يبيعه فان لج بعد ما حبسه أياما ذكر فى الزيادات أن القاضى يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر وأما على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المديون وقال آخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله (لما ذكرنا من الوجهين) أحدهما أنه وصف من أوصافه والآخر أن فيه اتواء حقه وقوله (قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول) ذكر فى المبسوط أنه ظاهر الرواية وقوله (ان الجواب فى الفصلين) أى فيما كان مشروطا فى الرهن وفيما لا يكون كذلك (واحد) أى يجبر فيهما (ويؤيده اطلاق الجواب فى الجامع الصغير) حيث قال فيه اذا أبى الوكيل يجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطا فى العقد أو لم يكن وكذلك ذكر فى الاصل مطلقا وقوله (فقد خرج من الرهن) لانه صار ملكا للمشترى وملكه لا يكون رهنا

(واذاتوى كان مال المرتهن) بنصب مال على ما صحح صاحب النهاية وفى بعض النسخ من مال المرتهن وقوله (وغرم القاتل قيمته) يعنى تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لان المالك وهو المولى يستحقه أى هذا الضمان من حيث المالية وان كان مقابلا

بالدم حتى لا يزاد على دية الحر (فاخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق) وهو المولى فبقى عقد الرهن وقوله (وليس له أن يضمن غيره) أى ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذى أعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وايضاحه شكر الله سعيه سوى ألفاظ وضمائر نوضحها زيادة ايضاح فقوله (وصح الاقتضاء) أى صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه وقوله (وان ضمن البائع) أى العدل وقوله (فلا يرجع المرتهن عليه) أى على الراهن بشئ وقوله (فاذا تبين أنه ملكه) أى ملك العدل وقوله (لم يكن راضيا به) أى باداء الثمن الى المرتهن وقوله (فله) أى فللعدل وقوله (بطل الاقتضاء) أى بطل قبض المرتهن وقوله (انما أداه) أى انما أدى المشترى الثمن الى العدل ليسلم للمشترى المبيع ولم يسلم وقوله (رجع على الراهن بالقيمة) أى بالثمن وقوله (لان المقبوض سلم له) أى لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله (وان شاء على المرتهن) أى وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذى أداه اليه وقوله (فيرجع به) أى فيرجع المرتهن بحقه الذى هو دينه على الراهن وقوله (لا يرجع به على المقتضى) أى على القابض

سلم

واذاتوى كان مال المرتهن ابقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق فبقى عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما قال (وان باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذى أعطاه وليس له أن يضمنه غيره) وكشف هذا أن المرهون المبيع اذا استحق اما أن يكون هالكا أو قائما ففى الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب فى حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد فى حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع ينفذ البيع أيضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشئ من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما أداه اليه على حسبان أنه ملك الراهن فاذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفى الوجه الثانى وهو أن يكون قائما فى يد المشترى فللمستحق أن يأخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشترى أن يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذى أدخله فى هذه العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو أن المشترى

العموم للصورتين معا كما لا يخفى على الفطن وان كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر فى النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا فى يد غير العدل الاول فامره هين فانه لما كان عدم التفاوت بين أن جعلت

بسراية اللزوم من الرهن اليها فاذا ثبت قصدا يعطى له حكم نفسه وهى فى نفسها اعانة والمعين لا يجبر على الاعانة وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثانى وهو تعلق حق المرتهن وهذا أصح وعند أبى يوسف رحمه الله ان الجواب فى الفصلين واحد أى فى المشروط فى عقد الرهن وفى المستأنف بعد عقد الرهن يعنى يجبر فيهما ويؤيده اطلاق الجواب فى الجامع الصغير والاصل فرواية الجامع الصغير رجل وضع الرهن فى يده وأمره ببيعه اذا حل الاجل الى أن يبيعه والراهن غائب يجبر على بيعه ولم يقل أمر ببيعه فى ضمن عقد الرهن ورواية الاصل فان سلط العدل على بيع الرهن فابى أن يبيعه ورفعه المرتهن الى القاضى أجبره على بيعه (قوله وان كان بدل الدم) جواب اشكال مقدر وهو ان يقال بان قيمة العبد ضمان الدم بدليل انه ينقص منه عن دية الحر فاذا كان ضمان الدم والدم ليس بمملوك له ولا يصح رهنه فكذلك بدله واستحقاق المالك اياه لا يدل على انه ضمان المال كالدية فالجواب انه وان كان بدل الدم فان المالك يستحقه باعتبار انه ضمان ماليته فاخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق وهو المولى بخلاف الدية لان الضمان فيه لا يستحق باعتبار المالية اذ ليس فيه ثبوت المالية وهنا المالية متحققة وهى حق المالك فبالقتل يتلف حقه فاخذ بهذا الاعتبار حكم ضمان المال وان كان بدل الدم (قوله وليس له أن يضمنه غيره) أى ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن (قوله نفذ البيع وصح الاقتضاء) أى صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه (قوله وان ضمن البائع) أى العدل (قوله فاذا تبين انه ملكه) أى ملك العدل لم يكن راضيا أى لم يكن العدل راضيا باداء الثمن الى المرتهن (قوله ولو أن المشترى

(قال المصنف ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان العدل بالخيار الى قوله وليس له أن يضمن غيره) أقول والظاهر أن يكون للمستحق خيار تضمين

وقوله (فيكون البيع لحقه) فاذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز أن يلزمه الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع أى الوكيل الذى لم تكن وكالته مشروطة فى العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة فى العقد وبين الوكالة التى بعد العقد فقال فى الوكيل الذى كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن (وقوله متعد فى حقه بالتسليم أو بالقبض) يعنى الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله (فلانه انتقض اقتضاؤه) أى قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون به لا كه مستوفيا وقوله (طعن أبى خازم) يعنى هذا السؤال طعن به أبو خازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن رحمهما الله وأبو خازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضى الحنفى ببغداد وقوله (والغرور بالتسليم كما ذكرناه) يعنى

بقوله لان كل واحد منهما متعد فى حقه بالتسليم وقوله (أو بالانتقال من المرتهن اليه) أى الى الراهن (كانه وكيل عنه) أى كان المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل (والملك بكل ذلك) أى بكل واحد من التسليم والانتقال (متاخر عن عقد الرهن) أما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فتبين أنه رهن غير ملكه وأما بالانتقال فلان المرتهن غاصب فى حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا به فيملك الرهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك الرهن متأخرا عن عقد الرهن فكانه رهن غير ملكه ولا يشكل اذا استحق رأس مال المضاربة وضمنه المضارب فانه يرجع على

سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه فى البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقى الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط فى العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما فى الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضى الله عنه هكذا ذكر الكرخى وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال (وان مات العبد المرهون فى يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن) لان كل واحد منهما متعد فى حقه بالتسليم أو بالقبض (فان ضمن الراهن فقد مات بالدين) لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء (وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه) أما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن وأما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك فى المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن أبى خازم القاضى والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه أو بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل عنه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين أنه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فى كفاية المنتهى

القيمة بعد الضمان رهنا فى يد العدل الاول وبين أن جعلت رهنا فى يد غيره ظاهرا اكتفى بذكر الاول وما

سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه فى البيع عامل للراهن) ذكر فى الايضاح وفتاوى قاضيخان مكان هذه المسئلة وتعليلها (قوله ولو لم يسلم العدل الثمن الى المرتهن لم يرجع عليه) لانه فى البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض واذا لم يقبض بقى الضمان على الموكل وكذا ذكر أيضا فى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله ثم قال ذكر فى الهداية ولو ان المشترى سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه فى البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقى الضمان على الموكل والمراد بالموكل المرتهن وسماه موكلا لان البيع وقع لاجله وبالضمان الثمن أو بالموكل الراهن وبالضمان الدين (قوله لا يرجع به على المقتضى) أى على القابض (قوله فيكون البيع لحقه) واذا وقع البيع لحقه وقد سلم له ذلك جاز أن يلزمه الضمان (قوله وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع) أى الوكيل الذى لم تكن وكالته مشروطة فى العقد أما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن والمغرور يرجع على الغار بما لحقه من الضمان كما يرجع المستأجر على المؤجر والمودع على المودع (قوله هذا طعن أبى خازم) هو بالخاء المعجمة وهو عبد الحميد بن عبد العزيز قاضى

رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متأخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم أن الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متأخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد تقدم فصار كانه أنشأ العقد بعد الرجوع فينعقد بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله (بخلاف الوجه الاول) يعنى ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه وتبين أنه رهن ملك نفسه وقوله (وقد طولنا الكلام فيه فى كفاية المنتهى) قيل مراده مسئلة المضاربة والفرق بينها وبين مسئلة الرهن وقيل يحتمل أن يكون مالو كان الرهن عبدا آبقا وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن

المشترى أيضا لانه متعد بالاخذ والتسليم لكن لم يذكروا (قوله لان المضاربة عقد غير لازم) أقول تعليل لقوله ولا يشكل اذا استحق رأس مال المضاربة

بثلاث القيمتو بالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع للراهن فيمن
وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك *(باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره)*
التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره انما تكون بعد كونه رهنا فكان متاخرا طبعا فاخره وضعا قال (واذا باع الراهن الرهن الخ) اذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم ياذن أولم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد رحمه الله فيه فى موضع قال بيع المرهون فاسد وفى موضع قال جائز والصحيح أنه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على مالم يجز فان القاضى يفسده اذا خوصم اليه فيه وطلب المشترى التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا أجازه وسلمه وذلك لان من تصرف فى مال له تعلق به حق الغير جاز موقوفا كمن أوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان أجاز المرتهن تم العقد لزوال المانع باسقاط حقه راضيا وكذا لو قضاه الراهن دينه فان أجاز ينتقل حقه الى بدله لما ذكر فى الكتاب وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه ان شرط عند الاجازة أن يكون الثمن رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط وان فسخه ففى الانفساخ روايتان كما ذكره فى الكتاب

(باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره)

قال (واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف) لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف فى ملكه كمن أوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به (فان أجاز المرتهن جاز) لان التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه (وان قضاه الراهن دينه جاز أيضا) لانه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الاهل فى المحل (واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح) لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون المأذون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا (وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ فى رواية حتى لو افتك

للاختصار *(باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره)*

لما كان التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره متاخرا طبعا عن كونه رهنا أخره وضعا ليوافق الوضع الطبع (قوله واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف) اختلفت عبارة محمد فيه فى موضع قال بيع المرهون فاسد وفى موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على مالم يجز فان القاضى يفسده اذا خوصم اليه وطلب المشترى التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا أجازه وسلمه كذا فى العناية وغيرها من الشروح قال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة فى التشبيه فانه كالفاسد فى عدم ترتب الحكم فى الفعل وأنه مجاز على سبيل المشارفة فانه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه انتهى أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن هذين التأويلين ليسا بتأويل فقهى بل هما من قبيل التاويل اللغوى الذى فيه نوع الغاز وتعمية فلا يناسب أصحاب هذا الفن سيما فى موضع الكشف والبيان (قوله لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف فى ملكه) أقول فى تمام هذا

بغداد كذا فى المغرب قال أبو خازم هذا غلط لانه لما رجع بضمان القيمة على الراهن استقر الضمان عليه والملك فى المضمون يقع لمن يستقر عليه الضمان فاذا استقر الملك للراهن تبين انه رهن ملك نفسه فصار كما لو ضمن المستحق الراهن ابتداء والجواب عنه ان المرتهن يرجع بالضمان على الراهن بسبب الغرور والغرور انما يحصل بالتسليم الى المرتهن فانما ملك العين من هذا الوقت وعقد الرهن سابق عليه فلا يكون راهنا ملك نفسه فاما المستحق فانما يضمن الراهن باعتبار قبضه السابق لا التسليم فملكه من ذلك الوقت وعقد الرهن كان بعده أو بالانتقال من المرتهن اليه كما فى الوكيل بالشراء كانه اشتراه من المستحق ثم باع من الراهن وهذا لان المرتهن غاصب فى حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون ضرورة ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل اليه من جهة المرتهن والمرتهن يملكه من وقت القبض لانه بالقبض صار غاصبا فيملكه الراهن بعده من جهته فيكون ملك الراهن متاخرا عن عقد الرهن والله أعلم

(باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره)

(قوله واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف) وعن أبى يوسف رحمه الله انه نافذ كالاعتاق لانه تصرف فى خالص ملكه (قوله ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح) وعن أبى يوسف رحمه الله ان المرتهن اذا شرط عند الاجازة ان الثمن يكون رهنا فهو رهن والا لا يكون رهنا لانه اذا أجاز بهذا الشرط ما رضى ببطلان حقه عن العين الا وان يكون متعلقا بالبدل فاما اذا لم يشترط فقد سقط حقه عن المرهون والثمن ليس بمرهون فلا يتعلق حقه به (قوله انفسخ فى رواية) وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله

(قوله وقوله فاسد محمول على مالم يجز) أقول ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة فى التشبيه فانه كالفاسد فى عدم ترتب الحكم فى الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشارفة فانه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه وقوله جائز محمول على أنه ليس بفاسد ولا باطل فى الحال

وقوله (وولاية الفسخ الى القاضى لا اليه) أى لا الى المرتهن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضى وقوله (لما ذكرنا) يعنى لفوات القدرة على التسليم قوله (ولو باعه الراهن الخ) يعنى لو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثانى موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع عن التوقف فلو أجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى كالاول ولو أجاز الاول جاز الاول وهذا لان حق المرتهن يتعلق بالثمن ألا ترى أنه قد يرهن ليباع فايهما أجازه المرتهن وسلمه اليه نفذ وياخذ الثمن ويكون رهنا عنده وانما خص اجازة البيع الثانى لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازتها يصح العقد الاول وهو البيع ولم تصح هى وباجازة البيع الثانى لا يصح البيع الاول وان كان سابقا ويصح هو والفرق ما ذكره فى الكتاب والاصل فى ذلك أن من تعلق حقه بشئ وتبدل باجازته الى غيره فان كان البدل عما تعلق به حقه تعلق به حقه وان كان عن غيره لم يتعلق فعلى هذا اذا باع الراهن الرهن ثانيا وأجازه المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان ذا حظ من العقد الثانى لتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه واذا آجر بعد البيع أورهن وسلم أووهب وسلم وأجاز هذه العقود جاز البيع الاول وسماه أولا لوقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما فى الهبة والرهن وبعضها وان كان فيه بدل لكن ليس عما تعلق به حقه كما فى الاجارة فانه فيها بدل عن المنفعة وحقه فى مالية العين دون المنفعة واذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط التسليم فى الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن

الراهن الرهن لا سبيل للمشترى عليه) لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ (وفى أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه) لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه فى الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقى موقوفا فان شاء المشترى صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضى وللقاضى أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضى لا اليه وصار كما اذا أبق العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشترى لما ذكرنا كذلك هذا (ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثانى موقوف أيضا على اجازته) لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى فلو أجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى (ولو باع الراهن ثم آجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول) والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به أما لا حق له فى هذه العقود لانه لا بدل فى الهبة والرهن والذى فى الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه فى مالية العين لا فى المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه)

القدر من التعليل نظر فانه ينتقض بما اذا أعتق الراهن عبد الرهن فانه ينفذ عتقه كما سيأتى فى الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضا فالوجه فى التعليل ههنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته ألا يرى أن المصنف انما فصل بين هذه المسئلة ومسئلة الاعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال فى آخر تعليل المسئلة مسئلة الاعتاق من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ فى البيع

(قوله لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك) لانه حق قوى ألا ترى ان الراهن حجر عن التصرف فيه ويضمن القيمة أو المثل كالاجنبى ويضمن العقر لو وطئ الجارية المرهونة وهى بكر وهذه امارات الملكية (قوله وولاية الفسخ الى القاضى لا اليه) أى الى المرتهن (قوله وأجاز المرتهن هذه العقود) أى الاجارة أو الرهن او الهبة دون البيع نفذ البيع السابق والاصل أن تصرف الراهن فى الرهن اذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ الا باجازة المرتهن واذا أجاز المرتهن تصرفه ينظر فيه فان كان تصرفا يصلح حقا للمرتهن ينفذ باجازة المرتهن التصرف الذى لحقته الاجازة وان كان تصرفا لا يصلح حقا للمرتهن فبالاجازة يبطل حق المرتهن والنفاذ يكون من جهة الراهن فينفذ السابق من تصرفات الراهن وان كان المرتهن أجاز اللاحق واذا ثبت هذا فنقول أن المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لانه يتحول حقه الى الثمن وان الثمن يصير رهنا عنده ويكون المرتهن أخص بثمنه من الغرماء اذا مات الراهن فيصح تعيينه لتعلق الفائدة به ولا حق للمرتهن فى هذه العقود اذ لا بدل فى الهبة والرهن والبدل فى الاجارة فى مقابلة المنفعة وحقه فى مالية العين لا فى المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع من النفاذ فينفذ البيع السابق كما لو باع المؤجر من اثنين فاجاز المستأجر البيع الثانى نفذ الاول لانه لا حق له فى الثمن فكانت الاجازة اسقاطا (قوله فنفذ البيع الاول) سماه أولا وان لم يكن بيعان بالنسبة الى هذه العقود لان هذه العقود متأخرة عن البيع ويجوز أن

نفذ عتقه الخ) اذا أعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسرا كان أو معسرا وللشافعى رحمه الله أقوال شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال فى المعسر فى تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل أولى لانه أسرع نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب دون العتق ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه وكل من فعل ذلك صح كما اذا أعتق العبد المشترى قبل القبض أو الآبق أو المغصوب فانه اشترك المرهون فى فوات يد المالك وفى انتفاء القدرة على التسليم ان باع فكان المقتضى متحققا والمانع منتفيا فثبت الحكم أما تحقق المقتضى فلانه تصرف صدر عن أهله ولا نزاع فيه مضاف الى محله لانه لا خفاء فى قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن وأما انتفاء المانع فلان

عارض النهي لا ينبئ عن زواله لان موجب عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا أو هو حق البيع كما هو مذهب الخصم على ماتقدم وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقد أزاله

بالاعتاق صح وبزوال ملك المرتهن في اليد بناء عليه كما اذا أعتق أحد الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى وهو حقيقة الملك للشريك عن صحة العتق فلان لا يمنع الادنى وهو يد المرتهن أولى فان قيل ليس المانع منحصرا فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا منع النفاذ في البيع والهبة أجاب بقوله وامتناع النفاذ ومعناه أن حق المرتهن انما صلح مانعا في البيع والهبة لاعدامه قدرة العاقد على التسليم المشروط بصحة العقدين وليس ذلك بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا وقوله (واعتاق الوارث) جواب عما تمسك به الشافعي رحمه الله في بعض المواضع وادعى أن اعتاقه لغو وصورته مريض أوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات وأعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب أن يكون في الرهن ووجهه أن ذلك لا يلغو بل يؤخر الى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فلا اشكال لانه يعتق في الحال

وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها أما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا أعتق العبد المشترى قبل القبض أو أعتق الآبق أو المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل أولى لان ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى أداء السعاية عند أبي حنيفة

والهبة لانعدام القدرة على التسليم تدبر (قوله وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم) لان يد المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يفتقر الى الملك يفتقر الى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستأجر والاعتاق لا يفتقر اليها بدليل نفاذ اعتاق الآبق كذا في الكافي وغيره واعترض عليه

يكون باعه من واحد ثم من آخر ثم باشر هذه العقود وأجاز المرتهن هذه العقود نفذ البيع الاول دون الثاني وهذه العقود لرجحان الاول بالسبق (قوله وفي بعض أقوال الشافعي رحمه الله لا ينفذ) ذكر أقواله بلفظ الجمع لان له أقوالا ثلاثة ههنا وأحد أقواله كقولنا وفي المبسوط فعتق الراهن نافذ عندنا موسرا كان أو معسرا وهو أحد أقاويل الشافعي رحمه الله وفي قول آخر ان كان موسرا ينفذ عتقه ويضمن قيمته للمرتهن وان كان معسرا لا ينفذ لانه تصرف يلاقي حق المرتهن بالابطال فكان مردودا كالبيع بل أولى لان البيع أسرع نفاذا من العتق حتى نفذ بيع المكاتب دون العتق واذا لم ينفذ بيع الراهن رعاية لحق المرتهن فلان لا ينفذ اعتاقه أولى بخلاف ما اذا كان المعتق موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله لان حق المرتهن أمكن استدراكه بايجاب الضمان عليه وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها لان المنافع عنده ملحقة بالاعيان في حق قبول العقد والضمان والمولى بالاجارة باع منافع العبد مدة معلومة ثم أعتقه فتبقى الاجارة كما اذا باع نصف العبد ثم أعتق الباقي أما الحر فلا يقبل الرهن فلا يبقى بعد العتق فافترقا ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا أعتق العبد المشترى قبل القبض أو أعتق الآبق أو المغصوب والجامع بين الآبق والمغصوب وبين المرهون فوات يد المالك (قوله ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي) وهو سبب الملك كالشراء والارث ونحوهما فكان الملك ثابتا للراهن رقبة ويدا وزوال الملك يدا للضرورة عارض الراهن والضرورة تندفع بازالة ملك اليد فيكون ملك الرقبة باقيا كما كان وملك الرقبة كاف لصحة الاعتاق كما في الآبق والمغصوب وغيره وقوله تصرف يلاقي حق المرتهن بالابطال قلنا الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق فقضية الحقيقة تستدعي النفاذ وقضية الحق تستدعي عدم النفاذ فرجحنا جانب الحقيقة على جانب الحق لانها أقوى على أنه انما يبطل حقه ضرورة بطلان ملك الرقبة لا أن يبطل أصلا بالاعتاق فصار كاعتاق العبد المشترك بل أولى لان ملك الرقبة أقوى من حق المرتهن لان له ملك اليد والرقبة وله هذا ملك اليد فقط فاذا لم يمنع الاقوى الاعتاق فلأن لا يمنع الادنى أولى ولهذا اذا أعتق عبدا آجره يصح وتبطل الاجارة ضمناله ونص عليه صاحب الاسرار في طريقه وعدم نفاذ البيع والهبة لعدم القدرة على التسليم لان يده مانعة من التسليم والبيع كما يفتقر الى الملك يفتقر الى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستأجر والاعتاق لا يفتقر اليها بدليل نفاذ اعتاق الآبق (قوله واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو) هذا جواب عما تمسك به في بعض المواضع وادعى أنه يلغو اعتاقه لحق الموصى له مع أنه ملكه لان

(قوله أجاب بقوله وامتناع النفاذ الى قوله وليس ذلك بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا) أقول وأيضا الاعتاق لا يقبل الرد والفسخ فكذا التوقف عقلا فيهما فافترقا فليتأمل

واذا

واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله (ثم) بعد ذلك (ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين) لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وان كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين) لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل (وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه) لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتأويله اذا كانت القيمة أقل من الدين أما اذا كان الدين أقل نذكره ان شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا أيسر) لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم أبو حنيفة أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجب السعاية هنا في حالة واحدة اظهار النقصان رتبته بخلاف المشترى قبل القبض اذا أعتقه المشترى حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس أضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشترى والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو أوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز (ولو أقر المولى برهن

صاحب التسهيل حيث قال أقول هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف وبينهما فرق اذ الفاسد يملك بالقبض دون الموقوف ألا يرى أن المبيع بالبيع الفضولي لا يملك بالقبض وهو موقوف لا فاسد انتهى أقول هذا الاعتراض ظاهر السقوط لانه انما يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف أن لو انتفى القدرة على

ذلك يتصور فيما اذا لم يخرج من الثلث قلنا ليس كذلك لانه يعتق عندهما في الحال وعنده يخرج الى الحرية بالسعاية وذكر في المبسوط مكان هذا اعتاق المريض فقال اعتاق المريض عندنا لا يلغو لقيام حق الغرماء ولكنه يخرج الى الحرية بالسعاية لا محالة فهنا أيضا ينبغي أن لا يلغو الا أن هنالك هو بمنزلة المكاتب ما دام يسعى وهنا يكون حرا وان لزمه السعاية عند اعسار الراهن لان العتق في المرض وصية والوصية تتأخر عن الدين الا أن العتق لا يمكن رده فيجب عليه السعاية في قيمته لرد الوصية (قوله وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين) وفي الذخيرة وان كان الراهن المعتق معسرا فللمرتهن أن يستسعى العبد وينظر في ذلك الى قيمة العبد يوم العتق والى قيمته يوم الرهن والى الدين فيستسعى في أقلها (قوله الا اذا كان بخلاف جنس حقه) أي اذا كان ما حصل من سعاية العبد بخلاف جنس حق المرتهن لا يقضى به الدين بل يطالبه حالا بالكسب الا أن يوفيه الدين (قوله لان الخراج بالضمان) في المغرب الخراج ما يخرج من غلة الارض أو الغلام ومنه الخراج بالضمان أي الغلة بسبب ان ضمنه ثم يسمى ما يأخذه السلطان خراجا فيقال أدى خراج أرضه وأدى أهل الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية وعبد مخارج قد خارجه سيده اذا اتفقا على ضريبة يردها عليه عند انقضاء كل شهر (قوله أما اذا كان الدين أقل نذكره ان شاء الله تعالى في هذا الباب) في مسئلة استيلاد الامة المرهونة ونحوه قوله بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة (قوله انما يسعى لتحصيل العتق عنده) وعندهما لتكميله عند أبي حنيفة رحمه الله اعتاق البعض لا يكون اعتاق الكل فتكون السعاية لتحصيل الباقي والعبد بما يسعى يملك عوض ما أدى فلا يرجع به حتى لا يستحق عوضين بازاء مال واحد وعندهما اعتاق البعض اعتاق الكل فتكون السعاية لتكميله وهذا لان الكل وان عتق على المعتق وصار ملكا له الا أن الثابت ملك لاقراره فيصير ثابتا في حق نفاذ العتق وأما فيما عدا ذلك يعتبر الملك ثابتا للساكت ومنتقلا الى العبد (قوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا) بان هلك الرهن في يده يكون المرتهن مالكا له من حيث المالية وأما حق البائع

وقوله (واذا نفذ الاعتاق) راجع الى أول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقتضي وانتفاء المانع نفذ الاعتاق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ومابعده ظاهر وقوله (الا اذا كان بخلاف جنس حقه) يعني الا اذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه لا يقضى به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضى به دينه وقوله (لانه لما تعذر الوصول) دليل وجوب السعاية على العبد وقوله (نذكره) يعني في هذا الباب في مسئلة استيلاد الامة المرهونة وقوله (وعندهما لتكميله) يعني وان عتق عندهما الكل في عتقه نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا أداها كمل العتق وقوله الا رواية عن أبي يوسف رحمه الله فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن وقوله (والمرتهن ينقلب حقه ملكا) يعني

عبده) بان قال له رهنتك عند فلان (وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية) عندنا خلافا لزفر هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول أقر بتعلق الحق فى حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) أما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على أصله (ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق) لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب فى جارية الابن فيصح بالاعلى (واذا صحا خرجا من الرهن) لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما (فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما) على التفصيل الذى ذكرناه فى الاعتاق (وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وأم الولد فى جميع الدين) لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى فى الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما أدياه من مال المولى والمعتق يرجع لانه أدى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر فى قيمته قنا لانه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه أداه من مال المولى قال (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن فى يد المرتهن لقيامه مقام العين (فان استهلكه أجنبى فالمرتهن هو الخصم فى تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهنا فى يده) لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا فى استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفا

تسليمه بالكلية والمنتفى فى بيع الرهن انما هو القدرة على تسليمه بدون اجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه لا القدرة على تسليمه أصلا فيتوقف على اجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه اذ بواحد منهما تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كما فى البيع الفضولى (قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) قال صاحب النهاية هو معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتهما واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب

فقط لا يصير ملكا من جهة المشترى بحال (قوله أقر بتعلق حقه فى حال يملك التعليق فيه) وهذا لانه لما ملك انشاء الرهن قبل العتق يكون مالكا تعليق عتقه باداء السعاية فيصح اقراره بما يملك انشاءه اذ الولاية باعتبار الملك قائم فلم يعتبر تكذيب العبد (قوله واذا صحا) أى التدبير والاستيلاد خرجا من الرهن لبطلان المحلية وهذا عندنا وأما عند الشافعى رحمه الله فالمدبر لا يخرج لانه قابل لما هو حكم الرهن عنده وأم الولد تخرج لانها لا تقبل حكم الرهن فانه لا يجوز بيعها بالاتفاق والفرق له بين الاستيلاد والاعتاق ان الامومية انما تثبت بالنسب وانه لا يتوقف عنده على الدعوة بل يثبت بنفس الوطء وانه ليس بممنوع عنه فان الراهن عنده لا يمنع من الانتفاع بالمرهون ولا يصح الحجر عن الوطء لحق المرتهن لانه عسى أن لا تعلق فصح الاستيلاد فلا يتوقف على اذن المرتهن بخلاف الاعتاق فانه يوجب بطلان حق المرتهن لا محالة فيمنع منه بدون اذنه (قوله على التفصيل الذى ذكرناه فى الاعتاق) أى اذا كان الدين حالا طولب باداء الدين وان كان مؤجلا أخذت القيمة وجعلت رهنا مكانها حتى يحل الدين فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان جنس حقه ورد الفضل (قوله بخلاف المعتق حيث يسعى فى الاقل من الدين ومن القيمة) هذا هو الذى وعده بقوله أما اذا كان الدين أقل نذكره وقيل الدين اذا كان مؤجلا لم يسع المدبر الا فى مقدار قيمته لان الدين المؤجل لا يجب قضاؤه وانما يجب رد عوض الرهن الى يد المرتهن فيقدر وجوب العوض بقدر ما فوت من المعوض فاما اذا كان الدين حالا فالقضاء واجب من مال الراهن وكسبه ملكه فيستسعى فى كله (قوله وكذلك لو استهلك الراهن) الجواب فيه كالجواب فيما اذا أعتق الراهن الرهن الا فى السعاية لاستحالة وجوب السعاية على المستهلك (قوله والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك) أى استهلك قيد بقوله هذا المستهلك احتراز

أن الرهن اذا هلك فى يده كان مالكا من حيث المالية وباقى كلامه واضح قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره الخ) الراهن اذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق أما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق وحقيقته لم تمنع فحقه أولى وأما عنده أى عند الشافعى رحمه الله فلانه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن وقوله (واذا صحا) يعنى التدبير والاستيلاد (خرجا) أى المدبر وأم الولد يعنى عندنا وأما عنده فان المدبر لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر آنفا وكلامه واضح وقوله (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتهما وقوله والواجب على هذا المستهلك يعنى الاجنبى وقيده بذلك

غرم

احترازا عن استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلاك كما سيجيء وقوله (كانما هلكت بآفة سماوية) يعنى تكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله (والمعتبر فى ضمان الرهن) تعليل ذلك قيل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيئا وأجيب بان العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت باقية ترجع الى ما كانت عليه فبالهلاك فاتت تلك الصلاحية

غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم فى الخمسمائة الزيادة كانما هلكت بآفة سماوية والمعتبر فى ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا أنه يتقرر عند الهلاك (ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة) لانه أتلف ملك الغير (وكانت رهنا فى يده حتى يحل الدين) لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه (واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه) لانه جنس حقه (ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن) لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة) لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقى بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف قال (واذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن) لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (فان هلك فى يد الراهن هلك

العناية أقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب لان قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدورى فى مختصره وهو مذكور فى البداية أيضا وقوله فان كان موسرا ضمن قيمتهما ليس بلفظ القدورى فى مختصره وليس بمذكور فى البداية أصلا بل هو من المسائل التى ذكرها المصنف فى الهداية تفريعا على مسئلة مختصر القدورى وهى من قوله ولو أقر المولى برهن عبده الى هنا فكيف يصح جعل لفظ أحد الشيخين فى أحد الكتابين معطوفا على لفظ شيخ آخر فى كتاب آخر وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقق عبارة المتن على تحقق عبارة الشرح فالصواب أن يجعل قوله المذكور معطوفا على قوله فيما مر فان كان الدين حالا طولب باداء الدين وان كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لانه أيضا لفظ القدورى فى مختصره ومذكور فى البداية أيضا فيتم ويحسن عطف أحدهما على الآخر وترتيب عبارة مختصر القدورى والبداية هكذا فان أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه فان كان الدين حالا طولب باداء الدين وان كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين وان كان الراهن معسرا سعى العبد فى قيمته وقضى الدين وكذلك لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتامل فى هذا الترتيب تكن الحاكم الفيصل (قوله وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة

عن استهلاك المرتهن فان عليه قيمته يوم قبض على ما يجىء وكذلك فى الهلاك يعتبر قيمته يوم قبض لا يوم هلك (قوله كانما هلكت بآفة) ولا يقال بان الرهن لو كان باقيا كما كان وقد تراجع السعر وانتقصت قيمته فانه لا يسقط من الدين شئ قلنا لان ثم العين باق كما كان وانما حصل التغير بسبب التراجع والعين بحال يمكن أن يصير ماليته بالتراجع كما كان يوم القبض فلم يعتبر التغير وههنا التغير الحاصل بالتراجع استقر بالهلاك ولم يبق على حال يعود مالية كما كان فاعتبر التغير (قوله وهو على صفة القيمة) أى فى الجنس والجودة (قوله وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر) جواب اشكال وهو أن يقال لو سقط الدين بقدر ما انتقص كان الرهن مضمونا على المرتهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر تأثير فى اسقاط شئ من الدين كما اذا رده الى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر فاجاب بانه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر (قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن) لان الضمان لو كان باقيا انما يكون باعتبار

وقد ثبت فى ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من العين عند القتل بخلاف ما اذا لم تتغير العين وقد تراجع السعر لان العين التى قبضها بحالها من غير تفاوت فلا يسقط شئ من الدين وقوله (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر) اشارة الى هذا السؤال والجواب وقوله (واذا أعار المرتهن الرهن للراهن) فيه تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها غيره ولكن لما عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير أطلق الاعارة وقوله (لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن) لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجبه وفى ايجاب الضمان على المرتهن بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع وذلك لان الضمان انما يجب اذا كان يد الراهن بعد الاعارة يد المرتهن ويده اذ ذاك يد عارية وفى ذلك جمع بينهما لامحالة فاعتبرنا يد الراهن يد رهن للزوم عقد الرهن

قال المصنف فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر) أقول هذا مشكل لان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شئ من الدين كذا فى شرح الزيلعى ومن تامل حق التامل فى كلام المصنف لعله يلوح له اندفاع هذا الاشكال

بغيرمنى) لفوات القبض المضمون (وللمرتهن أن يسترجعه الى يده) لان عقد الرهن باق الا فى حكم الضمان فى الحال ألا ترى أنه لوهلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ألا ترى أن حكم الرهن ثابت فى ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقى عقد الرهن فاذا أخذه عاد الضمان لانه عاد القبض فى عقد الرهن فيعود بصفته (وكذلك لوأعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا (ولكل واحد منهما أن يرده رهنا كما كان) لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا (ولومات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء) لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن

لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقى بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف) قال الزيلعى بعد أن ذكر هذا بعينه فى شرح الكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهذا مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شئ من الدين انتهى أقول ليس استشكاله بشئ فانه يضمحل بقول صاحب الهداية وغيره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذ لا شك أن القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فبالهلاك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض ألفا ثم انتقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الالف خمسمائة منه بالاتلاف وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته يوم القبض ألفا تاما ولا تأثير فى سقوط شئ منه لتراجع السعر أصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفى على مثل ذلك الفاضل (قوله وكذلك لوأعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا) يشير بقوله لما قلنا الى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن قال بعض الفضلاء فيه أنه اذا وضع فى يد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يدى الايداع والرهن أقول الفرق بين الاعارة وبين الوضع فى يد العدل مذكور فى شرح تاج الشريعة وفى الكفاية مفصلا مستوفى فكأنه لم يرهما فمن شاء فليراجعهما (قوله وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا) قال الشراح وحكم الوديعة كحكم العارية وحكم الرهن كحكم الاجارة

بقاء يد المرتهن وبقاء يد المرتهن انما يتحقق أن لو كان يد الراهن يد المرتهن وهذا غير ممكن لان قبض المرتهن قبض مضمون وقبض الراهن غير مضمون وبين كونه مضمونا وغير مضمون منافاة فلا ينوب غير المضمون عن المضمون ولا يقال بان يد الراهن بالاستعارة يجعل يد أمانة فى حقه ويد ضمان فى حق المرتهن كما فى فصل العدل فان يد العدل يد أمانة فى حق نفسه فى المالية ويد ضمان فى حق المرتهن فكذا هذا لانا نقول لا يمكن ههنا ابقاء ضمان الرهن باعتبار القبض لان القبض قد انتقض وانما يجعل باقيا حكما باعتبار اليد حكما اذا أمكن جعل يد الراهن يد المرتهن وذلك غير ممكن للمنافاة بين اليدين لان يد المرتهن يد الحبس عن المالك ويد العارية يد الاستعمال للمالك وبين الحبس عن المالك وبين ثبوت الاستعمال للمالك تناف ولا تتحقق هذه المنافاة فى فصل العدل لان يد العدل يد حبس عن المالك كما ان يد المرتهن يد حبس عن المالك فلذلك افترقا (قوله سقط حكم الضمان لما قلنا) أى من المنافاة بين يد العارية ويد الرهن (قوله وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من الاجنبي) قيد بقوله من الاجنبي لانه لوأعار المرتهن الرهن من الراهن أو آجره منه أوأودعه عنده كان للمرتهن أن يسترده والاجارة باطلة كذا فى فتاوى قاضيخان وغيره (قوله لثبوت يد العارية بالاستعمال) وهى مخالفة ليد الرهن لان يد العارية غير مضمونة وقبض

اما

وأزلنا الضمان لفوات القبض الموجب له وهو محسوس لا يرد ولجواز انفكاك الرهن عن كونه مضمونا فى الجملة كما فى ولد الرهن وكلامه واضح فى غاية التحقيق شكر الله سعيه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن وقوله (وهذا) أى ما ذكرنا من اعارة أحدهما باذن الآخر أجنبيا (بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي) وجملة هذه التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة

(قال المصنف سقط حكم الضمان لما قلنا) أقول فيه أنه اذا وضع فى يد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يدى الايداع والرهن فتأمل فانه ممنوع

فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن اذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية والرهن يبطل عقد الرهن وأما الاجارة فالمستأجر ان كان هو الراهن فهى باطلة وكانت بمنزلة ما لو أعارمنه أو أودعه فله أن يسترده وان كان هو المرتهن وجدد القبض للاجارة أو أجنبيا بمباشرة أحدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والاجرة للراهن وولاية القبض للعاقد ولا يعود رهنا الا بالاستئناف وأما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن أو أجنبي بمباشرة أحدهما باذن الآخر وأما من الراهن فلا يتصور (وقوله لما بيناه) يعنى فى صورة العارية ثم لو اختلفا فى وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن قال (ومن

أما بالعارية فلم يتعلق به حق لازم فافترقا (واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ فى العمل هلك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن (وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك فى حالة العمل هلك بغير ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وكذا اذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال) لما بيناه (ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز) لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا فى حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا فى الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضى الى المنازعة (ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير أن يرهنه باكثر منه ولا باقل منه) لان التقييد مفيد وهو ينفى الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه وينفى النقصان أيضا لان غرضه أن يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه (وكذلك التقييد

انتهى وأورد بعض الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة كحكم العارية بان قال اذا كان الايداع من أجنبي ينبغى أن لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى أقول ليس الامر كما زعمه لان العدل من رضيا بوضع الرهن فى يده ابتداء وكلام الشراح هنا فيما اذا أودع أحدهما الرهن باذن الآخر بعد أن قبضه المرتهن بنفسه ثم أن الفرق بينهما أن فى صورة الايداع بعد قبض المرتهن بنفسه ينتقض قبضه السابق بالايداع للمنافاة بين يد الوديعة ويد الرهن لكون احداهما موجبة للضمان دون الاخرى كما ذكر فى المنافاة بين يدى العارية والرهن وأما فى صورة الوضع فى يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل فى قبض الرهن مقام يد المرتهن فى حق المالية فيصير الرهن مضمونا على المرتهن من هذه الحيثية كما تبين فى بابه ولم يوجد شئ آخر يقتضى انتقاض هذا القبض

الرهن مضمون فاذا ثبتت يد العارية بالاستعمال انتفى الضمان (قوله لما بيناه) أى من مخالفة يد الرهن يد العارية (قوله وهو قضاء الدين) فانه لو استأذن أن يقضى دينا عليه بماله كان صحيحا وكذا اذا تبرع انسان بقضاء دين غيره فاذا جاز أن يثبت له ملك اليد والعين بايفاء غير المديون من ماله بطريق التبرع يجوز أن يثبت له ملك اليد بالرهن أيضا (قوله ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن) أى يجوز أن يثبت له ملك اليد دون ملك العين كما ينفصل زوالا فى حق البائع أى كما يجوز أن يزول ملك اليد عن البائع دون ملك العين بان باع بشرط الخيار وسلم الى المشترى فزال يده لا ملكه (قوله والاطلاق واجب الاعتبار) يعنى اذا أطلق الاعارة فى الرهن ولم يسم ما يرهنه به بعشرة أو تسعة أو بدراهم أو بدنانير أو يرهنه من زيد أو عمرو كان للمستعير أن يعمل بموجب الاطلاق (قوله خصوصا فى الاعارة) لان مبناها على المسامحة فلا يجرى فيها المضايقة والجهالة فيها لا تفضى الى المنازعة فان من استعار دابة له أن يركب بنفسه وله أن يركب غيره وله أن يحمل ما شاء (قوله وهو ينفى الزيادة) أى تعيين المعير بان يرهن المستعير بقدر من المال ينفى الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه أو على المستعير وينفى النقصان أيضا لانه ربما يرضى المعير بان يصير المرتهن عند الهلاك مستوفيا للاكثر ليرجع هو على المستعير بذلك فاذا رهنه باقل فقد

ومن استعار ثوبا ليرهنه فالمعير اما أن يطلق فى ذلك أو يقيده بشئ فان كان الاول فما رهنه المستعير به من قليل وكثير جائز عملا بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين واليد جميعا بان استأذن أن يقضى دينا عليه بماله فان قيل اعتبار غير صحيح لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب أن الاتصال غير مانع لعدم استلزام أحدهما الآخر فانه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا كالصبى فانه يثبت له ملك العين دون اليد وزوالا كالبائع بشرط الخيار فانه يزول ملك اليد دون ملك العين واذا كان كذلك جاز أن يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين قوله (لان الجهالة فيها لا تفضى الى المنازعة) يعنى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فانها هى المفسدة للعقد فصار كما

اذا أعار ثوبا وأطلق وان كان الثانى سواء كان التقييد بالقدر أو الجنس أو المرتهن أو البلد ضمن القيمة بالمخالفة لصيرورته غاصبا بالتصرف بغير اذنه فان كان التقييد بالقدر فهى الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه ان احتاج الى فكاكه وهو أقل المالين فالزيادة زيادة ضرر وبقى النقصان لان غرضه أن يستوفى أكثر المالين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرجع عليه بمثل ما تم

(قوله وحكم الوديعة كحكم العارية) أقول اذا كان الايداع من أجنبي ينبغى أن لا يسقط الضمان لانه العدل (قوله فانه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا الخ) أقول فيه بحث فان قول المصنف للمرتهن يدل على أن المراد بانفصال ملك اليد عن ملك العين ثبوتا ثبوت

الاستيفاء به بالهلاك و يفوت ذلك اذا رهن بالاقل وكلامه ظاهر وقوله (ووجب مثله) أى مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب ان كانت أكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق

المستعير المعير فيما شرطه وقوله (على ما بيناه) يعنى قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله (أن يفتكه جبرا عن الراهن) قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعنى جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه

بالجنس و بالمرتهن و بالبلد) لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص فى الامانة والحفظ (فاذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير و يتم عقد الرهن فيما بينه و بين المرتهن) لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه (وان شاء ضمن المرتهن و يرجع المرتهن بما ضمن و بالدين على الراهن) وقد بيناه فى الاستحقاق (وان وافق) بان رهنه بمقدار ما أمره به (ان كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن) لتمام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه (وان كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن) لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه (ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه أن يمتنع) لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه

فبقى الضمان على حاله (قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه أن يمتنع) اعلم أن قوله جبرا عن الراهن فى أثناء هذه المسئلة من مغلقات هذا الكتاب وكان لفظ محمد بدل هذا فى هذه المسئلة حين أعسر الراهن كما ذكره شمس الائمة السرخسى وفخر الاسلام البزدوى وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المصنف جبرا عن الراهن تصحيف وقع من الكاتب أو القارئ وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبرا عن الراهن بغير رضاه و يوافقه تقرير صاحب الكافى هذه المسئلة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا بغير رضا الراهن ليس للمرتهن أن يمتنع اذا قضى دينه وقال صاحب الكفاية معنى قوله فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبرا عن المرتهن وقال صاحب العناية قوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعنى جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان ما اختاره من المعنى لا يتمشى فيما اذا أراد المعير أن يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن اذ لم يفت عن الراهن اذ ذاك القضاء بنفسه لعدم مجىء أوانه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبرانا لما فات عنه من القضاء بنفسه مع أن تلك الصورة أيضا داخلة فى جواب هذه المسئلة كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه لم يسمع فى العربية جبر عنه سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران ومحل الاغلاق فى تركيب المصنف انما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر اذ هو متحقق فى مسئلتنا بالنظر الى المرتهن وعلى المعنى الذى

الهلاك انما يرجع المعير على المستعير بذلك القدر فلم يحصل غرضه (قوله لتيسر البعض بالاضافة الى البعض) يرجع الى القيد بالجنس أى قد تيسر على المعير أو على المستعير أداء جنس دون جنس وتفاوت الاشخاص فى الامانة يرجع الى القيد بالمرتهن وقوله والحفظ الى القيد بالبلد (قوله وقد بيناه فى الاستحقاق) أى فى استحقاق الرهن قبل هذا الباب (قوله ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) أى مثل ما سقط عن الراهن بهلاك الثوب (قوله على ما بيناه) وهو قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وقوله لما بينا راجع الى هذا أيضا (قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن) أى أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبرا على المرتهن ولفظ محمد رحمه الله فى هذه المسئلة حين اعتبر الراهن ذكر شمس الائمة السرخسى والامام البزدوى لم يكن للمرتهن أن يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه بخلاف ما اذا تبرع أجنبى بقضاء

ملك اليد لشخص دون ملك العين فشرحه لا يطابق المشروح والمراد بالانفصال زوال أن يبقى ملك اليد و يزول ملك العين كما لا يخفى (قال المصنف ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن) أقول تصحيف عن قوله حين أعسر لان صاحب الهداية أخذ هذا من المبسوط وفى المبسوط حين أعسر قال فخر الاسلام البزدوى ذكر أنه حين أعسر الراهن لان المعنى لا يستقيم لان المعير يفتك جبرا من المرتهن لا من الراهن لان الرهن ليس فى يد الراهن وانما هو فى يد المرتهن ولكن يفتكه المعير حين أعسر الراهن ولعله وقع من الكاتب أو صحفه القارئ كذا سمع نقلته من خط مولانا الياس

قال فى الكفاية فاراد المعير أن يفتكه نيابة عن الراهن جبرا عن المرتهن انتهى وقال أكمل الدين افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعنى جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى والاصوب أن عن ههنا للبدلية كما فى قوله تعالى لا تجزى نفس عن نفس شيأ وفى قوله عليه الصلاة والسلام صومى عن أمك فلا غبار اذ يصير المعنى حينئذ ولهذا

وقوله (ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال فى النهاية ليس يجرى على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى اذا كان ما أداه بقدر القيمة لا ما كان أكثر منها يعنى ان كان قيمة الرهن ألفا ورهنه بالفين فافتكه المعير بالفين ليس له أن يرجع بما زاد على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك وليس بوارد على المصنف رحمه الله لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لانه صار قاضيا دينه بماله (ولو اختلفا فى ذلك) أى فى كون الهلاك حال الرهن أو غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن أو بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبينة بينة المعير لانه يدعى عليه الضمان فان قيل اذا ادعى الراهن الهلاك

ولهذا يرجع على الراهن بما أدى المعير فاجبر المرتهن على الدفع (بخلاف الاجنبى اذا قضى الدين) لانه متبرع اذ هو لا يسعى فى تخليص ملكه ولا فى تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبله (ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه) لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا (ولو اختلفا فى ذلك فالقول للراهن) لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك فى هاتين الحالتين (كما لو اختلفا فى مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير) لان القول قوله فى انكار أصله فكذا فى انكار وصفه (ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا فهلك فى يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن

اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق الا أن يصار الى تقدير لما فات جملة وجعل كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج فى ذلك ولا يخفى بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق كلمة عن لفظ نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية (قوله ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال صاحب النهاية وههنا قيد لازم ذكره فان قوله يرجع على الراهن بما أدى غير مجرى على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى اذا كان ما أداه بقدر الدين لا بأكثر منه من قيمة الثوب لانه ذكر فى الايضاح وفتاوى قاضيخان فان عجز الراهن عن الافتكاك

الدين فلرب الدين أن لا يقبله منه لانه تبرع لانه لا يسعى فى تخليص ملكه أو تفريغ ذمته (قوله ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) اذا كان ما أداه بقدر المضمون لا أكثر منه لانه ذكر فى الايضاح وفى فتاوى قاضيخان فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما هلك به الدين ولا يرجع بأكثر من ذلك بيانه اذا كانت قيمة الرهن ألفا فرهنه بالفين فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به وهو الالف ولا يرجع بأكثر من الالف لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك فكذا اذا افتكه كان متبرعا بالزيادة فان قيل لا يتوصل الى تخليص ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع عليه بقدر ما يتحقق به الايفاء (قوله ولو اختلفا فى ذلك) أى المعير والمستعير بأن قال المعير هلك فى وقت الحبس وقال المستعير وهو الراهن هلك قبل الرهن أو بعد الافتكاك فالقول قول المستعير وهو الراهن مع يمينه لان الضمان انما يجب على المستعير بايفاء الدين منه وهو ينكر الايفاء فان قيل قد صار مضمونا عليه بالرهن وهو يدعى سقوط الضمان بالافتكاك فلا يقبل قوله فى ذلك الا بحجة كالغاصب يدعى رد المغصوب قلنا الرهن وان كان اثبات يد الاستيفاء ولكن حقيقة الاستيفاء بالهلاك فاذا أنكر الهلاك فى يد المرتهن فقد أنكر الايفاء حقيقة والضمان ينشأ منه فكان منكرا للضمان (قوله كما لو اختلفا فى مقدار ما أمره بالرهن به) هكذا وقع فى النسخ ولكن الصواب ولو اختلفا فى مقدار ما أمره مكان كما لانه فى لفظ كما يختلف الغرض اذ فى الاول القول للراهن وهو المستعير وفى الثانى القول قول المعير فكيف يصح التشبيه الا أن يقال التشبيه فى الانكار من غير نظر الى كون المنكر معيرا أو مستعيرا (قوله فى انكار أصله) أى العارية بتأويل عقد العارية (قوله يضمن قدر الموعود) أى المرتهن للراهن (قوله

بعد الفكاك فقد أقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه ثم ادعى ما ينسخه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد المغصوب أجيب بان الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك وقوله (ولو اختلفا) هكذا فى نسخة قراءتى على الشيخ رحمه الله وقد وقع فى النسخ كما لو اختلفا قال فى النهاية وغيره من الشروح ليس بصحيح والصواب بالواو لان فى لفظ كما يختلف الغرض اذ فى الاول القول للراهن وهو المستعير وفى الثانى للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله (فى انكار أصله) يريد عقد

جبرا على المرتهن بدل الراهن والبدلية بين الراهن والمعير (قوله قال فى النهاية ليس مجرى على اطلاقه الى قوله وليس بوارد على المصنف) أقول قال الامام الزيلعى بعد ما نقل كلام النهاية وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطرا و باعتبار الاضطرار ثبت حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفى الكل على ما عرف فى موضعه انتهى وقد سنح لى هذا الاشكال قبل رؤيتى كلامه فى هذا المحل وجوابه مذكور فى الكفاية والدراية فراجعهما نص عبارة الكفاية والكاكى فان قيل هو لا يتوصل الى تخليص ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلت الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع عليه باعتبار ما يتحقق به الايفاء انتهى فتأمل فان للكلام مجالا (قوله فكيف يصح التشبيه) أقول يجوز أن يكون جهة التشبيه كون القول للمنكر ثم رأيت فى الكفاية الا أن يقال التشبيه فى الانكار من غير نظر الى كون المنكر معيرا أو مستعيرا

قدر الموعود المسمى) لما بينا أنه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه (ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن) لانه لم يستوفه (وان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق (وتكون رهنا عنده الى أن يقبض دينه فيردها الى المعير) لان استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما

فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به ولا يرجع باكثر من ذلك بيانه اذا كانت قيمة الرهن ألفا فرهنه بالفين فافتكه المالك بالفين رجع بقدر ما يهلك الدين به وهو الالف ولا يرجع باكثر من ألف لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك فكذلك اذا افتكه كان متبرعا بالزيادة انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية بعبارة نفسه وليس بوارد على المصنف لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين انتهى أقول فيه نظر لان قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من مقدمات دليل هذه المسئلة لا نفس هذه المسئلة ولا يخفى أن مقدمات الدليل لا يجب أن توافق المدعى فى الخصوص والعموم ولا فى التقييد والاطلاق ألا يرى أن كلية الكبرى شرط فى أشهر الاقيسة وأقواها وان كان المدعى جزئيا فمن أين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها أيضا حتى يستغنى عن تقييد هاتيك المقدمة بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعى قال فى التبيين وذكر فى النهاية أنه اذا افتكه باكثر من قيمته بان كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزائد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطرا و باعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفى الكل على ما عرف فى موضعه انتهى أقول فى كلامه هذا نوع غرابة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكاله بطريق السؤال وأجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتوصل الى تحصيل ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يتحقق به الايفاء انتهى وقد تبعه فى ذكر هذا السؤال والجواب صاحب الكفاية ومعراج الدراية فان كان الجواب المذكور مرضيا عند الزيلعى أيضا فلا معنى لاستشكاله كلام صاحب النهاية بعد أن رأى السؤال والجواب مسطورين فى النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنده كان عليه أن يبين محل فساده ولا ينبغى أن يعد السؤال المذكور فيها اشكالا من عند نفسه (قوله وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق) أقول كان الحق فى التعليل أن يقال لان الحق تعلق

لما بينا) اشارة الى ما ذكر فى باب ما يجوز ارتهانه بقوله لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة (قوله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه الخ) بيانه أن الدين الموعود كالموجود فلو كان الدين موجودا هلك الرهن فى ضمان المرتهن يسلم للراهن مالية الرهن بسبب براءة ذمته عن الدين وفى الموعود اذا هلك الرهن فى يد المرتهن يضمن المرتهن للراهن المسمى من الدين فاذا استوفاه من المرتهن وهو ومالية الرهن سواء يصير الراهن مستوفيا مالية الرهن بواسطة الاستيفاء وفى فصل السلامة بواسطة البراءة يرجع المعير بمثله على الراهن فكذلك فى فصل السلامة بالاستيفاء (قوله لان الحق قد تعلق برقبته) أى حق المرتهن تعلق بمالية الرهن برضا المعير وقد استهلكه بالاعتاق فصار كما استهلكه بالاتلاف وهو فى هذا الحكم كاجنبى آخر فيضمن قيمته ثم يرده على المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو أخذ المعير الرهن من المرتهن ثم استرده المرتهن كان رهنا عنده الى أن يقبض دينه فاذا قبض يرده على المعير كذا هذا (قوله لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما) أى

العارية وقوله (لان استرداد القيمة كاسترداد العين) يعنى أن المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه) واضح وقوله فى

فانه

فانه كان أمينا خالف ثم عاد الى الوفاق (وكذا اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن) لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك أما المستعير فى الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبى فى حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبدا يقوم مقامه قال (وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال (وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر) وهذا عند أبى حنيفة وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال أما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون

بماليته وقد أتلفها بالاعتاق اذ لا شك أن المراد بالحق المذكور فى التعليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته كما مر غير مرة (قوله أما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك) قال صاحب النهاية فى شرح هذا المحل أى أما وجه المسئلة التى اتفقوا فى حكمها وهى أن جناية الرهن على الراهن هدر فلانها جناية المملوك على المالك واقتفى أثره صاحب العناية أقول لا وجه عندى لاقحام لفظ الوجه فى تفسير مراد المصنف بقوله المذكور اذ يصير المعنى حينئذ أما وجه المسئلة الوفاقية أى علتها فلهذه العلة المذكورة فى الكتاب لان المصنف قد أدخل اللام على الخبر كما ترى فيؤول المعنى الى أن علة هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم أن يكون المذكور فى الكتاب علة العلة لا علة نفس المسئلة وهو فاسد قطعا

ضمان التعدى بالاستخدام والركوب لا ضمان قضاء الدين فان المعير يرجع على الراهن بضمان قضاء الدين لان الراهن بعد ما قضى الدين لما هلك الرهن فى يد المرتهن فيرجع بما أدى اليه من الدين لان الرهن لما هلك فى يد المرتهن يصير مستوفيا حقه من مالية الرهن فيرد الى الراهن ما اقتضاه من الدين كيلا يتكرر الاستيفاء فاذا وقع الاستيفاء بمالية الرهن يرجع المعير على الراهن بمالية الرهن فى قدر ما وقع به الايفاء (قوله فانه كان أمينا خالف ثم عاد الى الوفاق) فان قيل أليس أن المستعير اذا خالف بمجاوزة المكان لم يبرأ عن الضمان اذا لم تصل العين الى المالك وهذا مستعير قد خالف فكيف يبرأ عن الضمان قبل وصول المال الى صاحبه قلنا ثم يد المستعير يد نفسه فبالعود الى المكان المشروط لا يصير رادا العين على المالك لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع لان يده كيد المالك فبالعود الى الوفاق يصير رادا عليه حكما وما نحن بصدده نظير مسئلة الوديعة لان تسليمه الى المرتهن يرجع الى تحقيق مقصود المعير حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضيا فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا برئ من الضمان (قوله بخلاف المستعير) أى بخلاف ما اذا استعار عينا لينتفع بها فخالف ثم عاد الى الوفاق لم يبرأ عن الضمان (قوله وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تفويت حق لازم محترم فالمعنى من المحترم هو أن يكون غيره ممنوعا عن ابطاله (قوله ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين) بان كان الدين دراهم أو دنانير أما اذا كان الدين مكيلا فلا يسقط (قوله والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال) وهو ما اذا كانت الجناية خطأ فى نفس أو فيما دونها أما الجناية الموجبة للقصاص فمعتبرة أما على المرتهن فلا يشكل وأما على الراهن فلان المستحق به دمه والمولى من دمه كاجنبى آخر ألا ترى أن اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص لا يصح و بالجناية الموجبة للمال يصح واقراره على نفسه بالجناية الموجبة للقصاص صحيح و بالموجبة للمال باطل (قوله أما الوفاقية)

معنى فى جعل المستعير فى الرهن يعنى المودع ليكون التسليم الى المرتهن بمنزلة رده الى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهر اذا كان الاستعمال قبل الرهن أما بعد فكاكه فليس ثمة تحصيل مقصود الآمر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير فى غير الرهن وقد أجيب بان ثم الرد الى نائب المعير وهو المستعير نفسه قد وجد لان الراهن الذى هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود الى الوفاق فالعود الى الوفاق قبل الرهن كأنه رد الى صاحبه حكما وبعده الى نائبه كذلك وهذا الذى اختاره المصنف رحمه الله هو مختار شمس الائمة السرخسى رحمه الله وأما اختيار شيخ الاسلام رحمه الله فهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق دلت عليه هذه المسئلة قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) معناه واضح وعنى باللازم ما لا يقدر على اسقاطه بانفراده و بالمحترم هو أن يكون غيره ممنوعا عن ابطاله وقوله (والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال) يعنى أن تكون الجناية فى النفس أو ما دونه خطأ أما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع وقوله (أما الوفاقية) يعنى أما وجه المسئلة التى اتفقوا فى حكمها

وهى أن جناية الرهن على الراهن هدر (فلانها جناية المملوك على المالك)

فيما يوجب المال بدليل أنه اذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر ولانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فاذا
جنى عليه شئ لكان واجباله عليه وذلك باطل ونوقض بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب منه فانها توجب الضمان وأجاب المصنف رحمه
الله بما فى الكتاب بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فان المستحق بها دمه والمولى أجنبى عنه يوضحه أن اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة
للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولهما فى الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه اذ المرتهن غير مالك
للعين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما لو حصلت على أجنبى آخر فان قيل ماليته محتبسة بدينه فلا فائدة فى ايجاب الضمان أجاب
بقوله (وفى الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر) وان كان يسقط حقه فى الدين فان ابقاءه رهنا وجعله (١٢٢)

بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض فى ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم يكن له غرض فى ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه رهنا كما كان وقوله (ودفعاه) فيه تسامح لان المرتهن يدفع العبد الى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وان كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه فى صحبته أو التغليب سماه دافعا وثناه (وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لانها حصلت فى ضمانه) لكونه مخاطبا بالدفع أو الفداء كالراهن فكان حكم الدفع أو الفداء له وعليه فى حق شئ واحد بسبب واحد ولا فائدة فى ذلك وقوله (وان كان القيمة أكثر من الدين) بان كان العين والدين ألفا وأتلف متاع المرتهن فقال للراهن اما ان تقضى نصف دينه أو يباع عليك العبد فان امتنع عن القضاء بيع العبد ويستوفى المرتهن

الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما فى الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه وفى
الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى
المرتهن وان قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه
التطهير من الجناية لانها حصلت فى ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على
مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة فى اعتبارها لانه لا يتملك العبد وهو
الفائدة وان كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبى حنيفة أنه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس فى ضمانه
فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه أنها لا تعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار
كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار
كالجناية على الاجنبى قال (ومن رهن عبدا يساوى ألفا بالف الى أجل فنقص فى السعر فرجعت قيمته الى

(قوله ثم ان شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن) قال صاحب العناية قوله
ودفعاه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وان كان قابلا ذكره بلفظ
الدافع لوقوعه فى صحبته أو التغليب سماه دافعا وثناه انتهى أقول لا صحة لتوجيه المشاكلة ههنا لان
المشاكلة ذكر الشئ بلفظ غيره لوقوعه فى صحبته وهذا لا يتصور الا اذا تكرر ذكر لفظ وأريد به فى المرة

وهو جناية الرهن على الراهن فلانها جناية المملوك على المالك ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه بخلاف
جناية المغصوب على المغصوب منه فانها تعتبر عند أبى حنيفة رحمه الله مع أن المغصوب مضمون على الغاصب
كما أن المرهون مضمون على المرتهن لان الملك عند أداء الضمان يثبت على الغاصب مستندا حتى يكون
الكفن عليه فتبين أن العبد جنى على غير مالكه فاعتبرت فاما ضمان الرهن وان تقرر على المرتهن فلا يوجب
الملك له فى العين ولهذا لو مات كان الكفن على الراهن فلا يتبين به أن جنايته كانت على غير مالكه فلهذا
كانت هدرا فالحاصل أن المرهون من حيث انه مضمون المالية كالمغصوب ومن حيث ان عينه أمانة كالوديعة
فاعتبار أنه كالامانة من وجه يجعل جنايته على المالك هدرا وباعتبار أنه كالمغصوب يجعل جنايته على
الضمان ٧ هدرا (قوله ولهما فى الخلافية) أى فى جناية الرهن على المرتهن أن الجناية حصلت على غير
مالكه أو فى الاعتبار فائدة لان موجب اعتبار الجناية الدفع الى المجنى عليه وللمرتهن غرض صحيح فى تملك
العبد وان سقط دينه فوجب أن يعتبر وربما يكون بقاء الدين مع التزام الفداء أنفع له ففى اثبات الخيار له توفير
النظر عليه وبه فارق ما لو جنى على مال المرتهن لانه لا منفعة للمرتهن فى اعتبار تلك الجناية فانه لا يستحق بها
الملك ولكن المستحق بالدين مالية العبد يباع فيه وذلك مستحق له بدينه فلا فائدة فى اعتبار جنايته على ماله
فلهذا لا يعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن أى بالدفع وهذا التفريع على قولهما وله أن هذه

من ثمنه تمام قيمة المتاع فان بقى شئ من الثمن أخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لانه بدل عبد نصفه أمانة ونصفه مائة
مضمون وبدل الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن وان قضى النصف زال الدين وبقى العبد رهنا بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيره
ما ذكره فى الكتاب وهو واضح وقوله (وهذا) أى ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرا (بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن
أو ابن المرتهن) لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبى قال (ومن رهن عبدا يساوى ألفا بالف) نقصان القيمة

(قوله وربما يكون له غرض فى ملك العين فيحصل له) أقول يعنى يحصل الغرض (قوله ومخلصه المشاكلة الخ) أقول فيه بحث يظهر على من
علم المشاكلة (قوله اما أن يقضى نصف دينه) أقول بقدر الامانة (قوله وهذا وجه ظاهر الرواية) أقول ولكن كلامه عن تأبى عن كونه

بتراجع السعر بعد ما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لو نقص به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند
رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله (حتى لا يزاد على دية الحر) نتيجة قوله كان مقابلا بالدم وقوله (لان المولى استحقه) دليل قوله لانه بدل
المالية فى حق المستحق وقوله (أو نقول) دليل آخر أى لا يمكن أن يجعل المرتهن مستوفيا الالف الدين بالمائة التى غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت
رهنا مكانه لانه يؤدى الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقى تسعمائة فى العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك والباقى ظاهر واعلم أن
صور المسائل ههنا ثلاث تراجع قيمة الرهن من ألف الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل (١٢٣) حر العبد الذى قيمته مائة بعد

التراجع وضمان قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به وأقوال العلماء فيها أيضا ثلاثة أما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو أن الراهن يفتكها بجميع الدين بلا خيار وقول محمد رحمه الله فى الاولى كقولهما وفى الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين أن يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على ما نذكره وقول زفر رحمه الله أن حكم الصورة الاولى والثالثة واحد فى أن الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسعمائة قياسا على الصورة الثانية فان حكمها أن التسعمائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن تلك المائة التى ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة فى الكتاب

مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن
بشئ) وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر هو يقول ان المالية
قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر فى البيع
حتى لا يثبت به الخيار ولا فى الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر
الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقى مرهونا بكل الدين فاذا قتله
حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف فى ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن لانه
بدل المالية فى حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب
المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان يد الراهن يد
الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت فى الابتداء ألفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء أو نقول
لا يمكن أن يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدى الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقى تسعمائة فى العين

الاولى أصل معناه وفى الاخرى غير ذلك كما فى قوله تعالى حكاية تعلم ما فى نفسى ولا أعلم ما فى نفسك وفيما نحن

الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانه مخاطب هو أيضا بالدفع أو بالفداء كالراهن
فحينئذ كان حكم الدفع أو الفداء له وعليه فى حق شئ واحد بسبب جناية واحدة والقول به اشتغال بما لا يفيد
وذلك أن المرتهن فى الرهن اذا كانت قيمته مثل الدين بمنزلة المالك فى حكم جنايته ألا ترى أنه لو جنى على غيره
كان الفداء على المرتهن بمنزلة ما لو كان مالكا فكذا فى الجناية عليه يجعل كالمالك فلا يعتبر جنايته عليه
وهذا لان أصل حق المجنى عليه فى بدل الفائت وهو الارش الا أن للمولى أن يخلص نفسه من ذلك بدفع العبد
ان شاء ولا يمكن اعتبار جنايته على المرتهن فى استحقاق أصل البدل لانه لو وجب ذلك كان قراره عليه ولا يجب
له على نفسه أرش الجناية ولا يمكن اعتبار جنايته لمنفعة ثبوت الملك له فى العبد فان ذلك لا يكون الا باختيار
الراهن والراهن لا يختار ذلك خصوصا اذا لم يكن عليه من الفداء شئ فصار هدرا وجنايته على مال
المرتهن سواء وكان بمنزلة جانب الراهن وهناك يستوى بين جنايته على نفسه وماله فكذا فى جانب
المرتهن (قوله وأصله أن نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين) حتى لو كان الرهن على حاله فنقص
سعره فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن (قوله وذلك لا يعتبر فى البيع) يعنى
اذا تغير سعر المشترى قبل القبض لا يثبت الخيار للمشترى ولا فى الغصب يعنى لا يعتبر نقصان السعر فى
الغصب (قوله حتى لا يزاد على دية الحر) نتيجة قوله كان مقابلا بالدم وقوله لان المولى استحقه دليل قوله
لانه بدل المالية (قوله أو نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف) أى ألف الدين بمقابلة مائة الرهن وهى
المائة التى غرمها الحر بقتل الرهن فجعل رهنا مكان العبد المقتول لان المائة يجوز أن تكون بمقابلتها
أكثر من مائة فلذلك لا يتصور استيفاء جميع الدين بمقابلة المائة فلهذا لو كان القاتل عبدا قيمته مائة
فدفع مكانه يكون رهنا بالف درهم كالاول عندنا على ما يجىء لان ذلك يجوز أن يكون بمقابلة ألف درهم

الرواية الظاهرة (قال المصنف وأصله أن النقصان من حيث السعر) أقول أى أصل جنس هذه المسئلة لا أصل هذه المسئلة فانه ليس فيه خلاف زفر ولك أن
تقول الاتفاق فى جواب المسئلة لا ينافى الاختلاف فى التخريج (قال المصنف لانه بدل المالية) أقول أى القيمة وانما ذكر الضمير بتأويل
الموجب أو باعتبار الخبر (قوله وقوله أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا دليل آخر) أقول فيه بحث (قوله فاذا هلك يصير مستوفيا)
أقول الفاء للتعقيب الذكرى والا فالهلاك مقدم (قال المصنف وان قتله عبد قيمته مائة) أقول أى قتل العبد الذى قيمته ألف ولم يتراجع سعره
لئلا يلزم التكرار

فاذاهلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدى الى الربا قال (وان كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة) لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى وكذا هذا قال (وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر يصير رهنا بمائة له أن يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا أنه أخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر أن العبد الثانى قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شئ من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد فى الخيار أن المرهون تغير فى ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل فى يد الغاصب يخير المشترى والمغصوب منه كذا هذا ولهما أن التغير لم يظهر فى نفس العبد لقيام الثانى مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلى وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوى مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف

فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التثنية فسبيله التغليب لا غير كما لا يخفى (قوله ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوى مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف) قال صاحب غاية البيان وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة فى الفصل الثالث فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى وقال صاحب العناية قيل فى بعض الشروح وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة فى الفصل الثالث يعنى ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة الى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة

شراء فكذلك حبسا بالدين ويتوهم استيفاء جميع الدين من ماليته بان يزداد قيمته حتى ان الحر القاتل لو غرم قيمته عشرة دنانير فانه يبقى جميع الدين باعتباره لانه يتوهم استيفاء جميع الدين منه بان يعز الدنانير حتى يبلغ قيمة هذه الدنانير ألف درهم (قوله وان كان أمره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة) ان كان موضوع المسئلة ان سعره تراجع الى مائة فظاهر لانه باعه بمثل قيمته فصح بالاجماع وان كان موضوع المسئلة انه لم ينقص سعره صح البيع أيضا عند أبي حنيفة رحمه الله ويصح عندهما ان قال بع بما شئت واذا صح البيع صار المرتهن وكيل الراهن لما باعه باذنه وصار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا (قوله وان قتله عبد قيمته مائة) أى قتل العبد الذى يساوى ألفا وهو رهن بالف ولم يراجع سعره فدفع مكانه افتك بجميع الدين من غير خيار عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقول محمد وزفر رحمهما الله مذكور فى الكتاب وعلى هذا الخلاف اذا قتله بعد ما تراجع سعره الى مائة فدفع به وهنا فصول أربعة احداها ان ينقص سعره وعينه قائم والثانى أن يقتله حر بعد ما تراجع سعره وغرم قيمته ففيهما خلاف زفر رحمه الله والثالث ان يامر الراهن ببيعه فباعه بمائة وهذا الفصل بالاتفاق والرابع ما اذا قتله عبد قيمته مائة فدفع به ففيه خلاف محمد وزفر رحمهما الله (قوله كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل فى يد الغاصب) أى اذا قتلهما عبد ودفع مكانهما وانما قيد فيهما بالقتل لان سعرهما لو نقص مما كان عليه وقت البيع والغصب لا خيار للمشترى والمغصوب منه بل يأخذهما من غير خيار اما لو قتلهما عبد فدفع مكانهما يتخير المشترى بين ان يأخذه بكل الثمن وبين ان يفسخ البيع لتغير

(واذا

وقوله (لحما ودما) يعنى صورة ومعنى أما صورة فظاهر وأما معنى فلان القاتل كالمقتول فى الآدمية والشرع اعتبره جزأ من حيث الآدمية دون المالية ألا ترى الى استوائهما فى حق القصاص فكذا فى حق الدفع أيضا وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ وقوله (كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب فى يد الغاصب) يعنى اذا قتلهما عبد ودفع مكانهما فان المشترى يتخير بين أن يأخذه بكل الثمن وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع وفى الغصب يتخير المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع مكانه وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله (وأنه منسوخ) يعنى بقوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن ثلاثا وقوله (ولو كان العبد تراجع سعره الى قوله فهو على هذا الخلاف)

(واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع) لانه لا يملك التمليك (ولو فدى طهر المحل فبقى الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشئ من الفداء) لان الجناية حصلت فى ضمانه فكان عليه اصلاحها (ولو أبى المرتهن أن يفدى قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية) لان الملك فى الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه (فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير) بين الدفع والفداء (فان اختار الدفع سقط الدين) لانه استحق لمعنى فى ضمان المرتهن فصار كالهلاك (وكذلك ان فدى) لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء فى الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كما لو هلك فى الابتداء وان فدى فهو رهن مع أمه على حالهما (ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان أدى المرتهن الدين الذى لزم العبد فدينه على حاله كما فى الفداء وان أبى قيل للراهن بعه فى الدين الا أن يختار أن يؤدى عنه فان أدى بطل دين المرتهن) كما ذكرنا فى الفداء (وان لم يؤد وبيع العبد

الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم أيضا عليه وذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذى حاز قصبات السبق فى مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة فى غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة فى صورة التراجع ولا تكرار ثمة الى هنا لفظ العناية أقول ما مر فى بيان صور المسائل الثلاث انما هو عبارة البداية المأخوذة من الجامع الصغير والانصاف أنها لا تساعد جعل الصورة الثالثة فى غير تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية وانما تساعد جعلها فى تراجع السعر أيضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية أو جعلها فيما هو أعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعه فان نص عبارة البداية على وفق ما فى الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبدا يساوى ألفا بالف الى أجل فنقص فى السعر ورجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشئ وان كان أمره الراهن ببيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة فان قتله عبد قيمته مائة فدفع اليه مكانه افتكه بجميع الدين وقال محمد رحمه الله هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن انتهى ولا يخفى عليك أن قوله فان قتله عبد الخ عطف على قوله ثم قتله رجل وان الظاهر المتبادر أن ضمير قتله فى المعطوف راجع الى ما رجع اليه ضمير قتله فى المعطوف عليه ولا شك أن الضمير فى المعطوف عليه راجع الى العبد المرهون الذى نقص فى السعر فكذا الضمير الذى فى المعطوف كما ذهب اليه أصحاب النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان وان أخرج الضمير فى المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه الى ما رجع اليه ضمير المعطوف عليه فلا أقل من ارجاعه الى مطلق العبد المرهون المذكور فى ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره فى المعطوف عليه وعلى كلا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف ههنا بقوله ولو كان تراجع سعره الخ عن شائبة التكرار وأما ارجاع الضمير فى المعطوف الى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر فمما لا تساعده العبارة المذكورة قطعا

المبيع وفى الغصب يتخير المغصوب منه بين ان يأخذ المدفوع وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المغصوب (قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن) أى اذا كانت قيمة العبد والدين سواء لان العبد فى ضمانه ويقال للمرتهن افد العبد من الجناية فاذا فداه كان دينه على حاله وانما بدئ بالمرتهن لانا لو خاطبنا الراهن من الجائز ان يختار الدفع فيمنعه المرتهن من ذلك لان له ان يقول أنا أفدى حتى أصلح رهنى (قوله فصار كالهلاك) والجامع زوال ملك الراهن عن الرهن فى ضمان المرتهن (قوله كالحاصل له بعوض كان على المرتهن) وهو الفداء واذا كان على المرتهن فقد أداه الراهن فيجب للراهن على المرتهن مثل ما أدى الى ولى الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكون الراهن متبرعا فى أداء الفداء لانه يسعى فى تخليص ملكه كمعير الراهن

الصورة الثالثة فيما اذا لم يتراجع السعر) أقول وكذلك جعل الكاكي فى معراج الدراية وأما صاحب الكفاية فانه مشى على طريق الشيخ الشارح

قيل فى بعض الشروح هذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة فى الفصل الثالث يعنى ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه أيضا وفى ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذى حاز قصبات السبق فى مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة فى غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة فى صورة التراجع ولا تكرار ثمة (واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن) يعنى اذا كانت القيمة والدين سواء أما اذا كانت القيمة أكثر فسيأتى وانما كانت الجناية عليه لان العبد فى ضمانه وقوله (لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن) يعنى واذا كان على المرتهن وقد أداه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما أدى الى ولى الجناية وللمرتهن

(قوله قيل فى بعض الشروح) أقول القائل هو الاتقانى (قوله وكذلك صاحب النهاية جعل

عـلى الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكون متبرعا فى أداء الفداء لانه يسعى فى تخليص ملكه كمعير الرهن وقوله (وحق ولى الجناية) بالجر معطوف على دين المرتهـن يعنى أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولى الجناية أيضا حتى لو جنى العبد المدون دفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتى فى الديات وقوله (لتقدمه على حق المولى) أى لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولى الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى فى المالية وولى الجناية فى ملك العين

(قال المصـنف لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية الخ) أقول قال الاتقانى قوله وحق ولى الجناية بالنصب أو بالرفع عطفا على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولى الجناية أيضا مقدم على حق المرتهن

فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه) لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى

على مقتضى العربيـة فلا وجه للمصير اليه تبصر ترشد (قوله لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى) قال صاحب النهاية قوله وحق ولى الجناية بالجر أى دين العبـد مقدم على دين المرتهن ومقـدم على حق ولى الجناية أيضا حتى انه لو جنى وعليه دين يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتى فى جناية المملوك فى الديات وقوله لتقدمه على حق المولى أى لتقدم حق العبـد على حق المولى فاذا كان مقدما على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن و ولى الجناية لان المرتهن يقوم مقام المولى فى المالية وولى الجناية يقوم مقام المولى فى ملك العين الى هنا كلامه واقتفى أثره فى هذا البيان جماعة من الشراح منهـم صاحب العناية وقال صاحب الغاية قوله وحق ولى الجناية بالنصب أو بالرفع عطفا على لفظ دين العبد أو محله معناه ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولى الجناية أيضا مقدم على دين المرتهن لان كل واحد منهـما مقدم على حق المولى فلان يقدم على حق المرتهن أولى لان حق المالك أقوى و يدل على هذا التقرير تصريح القـدورى بذلك فى شرحه وقد مر آنفا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أولا وتقدمه على حق المرتهن عنـد قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم فى شرحه قوله وحق ولى بالجر أى دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق ولى الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فأقول هذا فى غاية الضعف لان المسـئلة التى استشهد بها اندفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولى الجناية وفى المسـئلة قدم حق ولى الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لا محالة الى هنا لفظ الغاية أقول لا تدافع بين كلام هؤلاء الشراح و بين المسـئلة التى استشهدوا بها اذ لا يشتبه على الفطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولى الجناية فى تلك المسـئلة فانه وان دفع العبد الجانى أولا الى ولى الجناية الا أنه لم يبق فى يده بل بيع و دفع ثمنه الى الغرماء

(قوله لان دين العبـد مقـدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية) أى وعلى حق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى بدليل أنه لو استهلك مالا يباع فيه ولا يؤخر الى ان يعتق ومقدم على ولى الجناية لانه وان دفع الى ولى الجناية أولا لـكن اذا بيـع لم يبق للدفع أثر علم ان الدين كان مقدما حقيقة واذا كان دين العبد مقدما على حق المولى فلان يكون مقدما على حق المرتهن أولى لان للمولى حقيقـة الملك وللمرتهن اتصال حق بمالية العبد وانما يقدم حق المرتهن على المولى فيما اذا كان بين المولى والمرتهن لان المولى آثر المرتهن على نفسه اما ههنا الـكلام فى حق الثالث معهما بسبب دين ثبت له فى رقبة العبد

لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يقدم على حق المرتهن أولى لان حـق المالك أقوى و يدل على هذا التقرير تصريح القدورى بذلك فى شرحه وقد مر آنفا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتـل العبـد الرهن قتيلا خطأ فضمـان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عنـد قوله ولو استهلك العبـد المرهون مالا وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضـهم فى شرحه قوله حق ولى بالجر أى دين العبـد مقدم على دين المرتهن ومقـدم أيضا عـلى حق ولى الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فأقول هذا فى غاية الضعف لان المسـئلة التى استشهد بها اندفع كلامه لانه قال ودين العبد مقدم على حق ولى الجناية وفى المسئلة قدم حق ولى الجناية ثم (فان
رتب عليـه حق الغرماء وانه مناقضة لا محالة انتهـى ونحن نقول فيـه بحث فانه تأخير صورة لـكنه تقديم معنى حيث لم يبق فى يد ولى الجناية شئ كما لا يخفى (قوله وقوله وحـق ولى الجناية بالجر معطوف على دين المرتهن) أقول ولعل النصب أولى عطفا على دين العبد أى حق ولى الجناية مقدم على دين المرتهن وانما قلنا ذلك أولى لعدم ظهور دلالة قوله لتقدمه على حق المولى (قال المصنف لتقدمه على حق المولى) أقول فى دلالته على التقدم على حق ولى الجناية بحث فانه كما يقال للمولى فى الاستهلاك بع أو أد المال كذلك يقال فى الجناية ادفع أو افد (قوله فان المرتهن يقوم مقام المولى فى المالية) أقول وكذلك صاحب دين العبد قائم مقامه فى المالية حيث يباع و يعطى ثمنه له فلا يظهر بذلك التقدم خصوصا على حق ولى الجناية بل عكسه أظهر لان الولى هنا طب فيه بدفع عين العبد وعليك بامعان النظر

(فان فضـل شئ ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن و بطل دين المرتهن) لان الرقبة استحقت لمعنى هو فى ضمان المرتهن فاشـبه الهلاك (وان كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضـل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل أخذه به) لانه من جنس حقه (وان كان لم يحل أمسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفى بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقى على أحد حتى يعتق العبد) لان الحق فى دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق (ثم اذا أدى بعده لا يرجع على أحد) لانه وجب عليه بفعله (وان كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه) لان النصف منه مضمون والنصـف أمانة والفداء فى المضمون على المرتهن وفى الامانة على الراهن فان أجمعا على الدفع دفعاه و بطل دين المرتهن والدفع لا يجوز فى الحقيقة من المرتهن لما بينا وانما منـه الرضا به فان تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدى راهنا كان أو مرتهنا) أما المرتهن فلانه ليس فى الفداء ابطال حق الراهن وفى الدفع الذى يختاره الراهن ابطال المرتهن وكذا فى جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن أنا أفدى له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينـه وله فى الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفـدى وأما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره (ويكون المرتهن فى الفـداء متطوعا فى حصـة الامانة حتى لا يرجع على الراهن) لانه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روى عن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى (ولو أبى المرتهن أن يفـدى وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه)

وقد نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولى الجناية أولا لـكن اذا بيـع لم يبـق للدفع أثر فعلم أن الدين كان مقدما حقيقة اه (قوله فان فضل شئ الخ) أقول فيه شئ وهو أن الظاهر من أسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله فان فضل شئ الخ من متفرعات المسئلة السابقة وهى قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذى مسكة أن المال المستهلك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور ان يفضل على دين الغريم شئ من ثمن العبد الذى بيع فيلزم أن لا ينتظم المعنى اللهم الا أن يكون قوله فان فضـل شئ الخ مسئلة مباينة للمسئلة الاولى مقابلة لها لا متفرعة عليها و يكون الفاء فى قوله فان فضـل لمجرد الترتيب الذكرى كما تستعمل الفاء فى هذا المعنى أيضا على ما عرف فى علم الادب تأمل

(قوله والدفع لا يجوز فى الحقيقـة من المرتهن لما بيناه) وهو قوله لانه لا يملك التمليك (قوله فان تشاحا) بان قال المرتهـن أنا أفـدى أو قال المرتهن أنا أدفع أو على العكس فالقول لمن قال أنا أفـدى راهنا كان أو مرتهنا وذلك لان الراهن اذا قال أنا أدفع فللراهن بالدفع يسقط حق المرتهن والمرتهن بقوله أنا أفدى لا يسـقط حق الراهن بل يحفظ حق نفسـه من غـير اضرار بالراهن فلذلك كان اختيار المرتهن الفداء أولى وأما لو قال الراهن أنا أفـدى وقال المـرتهن أنا أدفع فليس الدفع الى المرتهن ولا فائدة أيضا فى اختيار المرتهن الدفع لانه يسقط دينه بالدفع كما يسقط بالفداء وفى الدفع اسقاط حق الراهن فى الرقبة وله غرض صحيح فى استيفاء الرقبة بالفداء فكان فى اختيار المرتهن الدفع تفويت غرض الآخر من غير فائدة فلا يعتبر (قوله وهو محبوس بدينه) وله فى الفداء غرض صحيح وهو زيادة التوثق لاستيفاء دينه (قوله وهـذا على ما روى عن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور) وفى المبسوط أبو حنيفة رحمه الله يقول المرتهن أحـد من يطالب بالفداء فى هذه الحالة فلا يكون متبرعا فيه كالراهن وهذه النكتة تقتضى ان لا يكون متبرعا حالة الحضر أيضا وروى عنه على عكس هذا أنه لا يصير متبرعا حالة الحضر و يكون متبرعا حالة الغيبة لان المرتهن لا يخاطب بالدفع حال غيبـة الراهن ولا يمكنهم الاخذ منه فيكون متبرعا فى الفداء وحالة الحضر فالمجنى عليـه يخاطبهـما بالدفع أو الفداء فلا يتوصل الى الحبس الا بالفداء فلا يكون متبرعا كصاحب العلو اذا بنى السـفل ثم بنى العلو عليه لا يكون متبرعا فهذا مثله (قوله وسنبين القولين) أى قول أبى حنيفة رحمه الله وقول مخالفه وهو ما ذكر

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانه لا يملك التمليك وقوله (فان تشاحا) بان اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتـبر هو الفـداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفـداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفـداء وذكر جانب المـرتهن اذا اختار الفـداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكره جناية ولد الرهـن

(قال المصنف فان أجمعا على الدفع دفعا) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فى قوله دفعا ولا يقال المراد رضيا بالدفع بطريق عموم المجاز لانه لا يكون مسببا عن الاجماع على الدفع والمخلص التغليب

وقوله (لان سقوط الدين أمر لازم فدى أودفع) يعنى أن الراهن اذا خوطب فلابد له من أحدهما وأيهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن فى الفداء بقدر الدين متطوعا وقوله (وان كان غائبا) ذكر فى الاسرار أن المراد به الغيبة المنقطعة قوله (وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله) ومابعده هو الموعود بقوله وسنبين القولين ومابعده واضح الخ *(فصل)* هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التى تذكر فى أواخر

لان سقوط الدين أمر لازم فدى أودفع فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعا ثم ينظران كان نصف الفداء مثل الدين أوأكثر بطل الدين وان كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقى لان الفداء فى نصف كان عليه فاذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقى (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا) وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع فى الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير أمره فاشبه الاجنبى وله أنه اذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبى فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال (واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصى قائم مقامه ولو تولى الموصى حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا الوصيه (وان لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وأمره ببيعه) لان القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر فى نصب الوصى ليؤدى ماعليه لغيره ويستوفى ماله من غيره (وان كان على الميت دين فرهن الوصى بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه) لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمى فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقى (فان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز) لزوال المانع بوصول حقهم اليهم (ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن) اعتبارا بالايفاء الحقيقى (وبيع فى دينه) لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (واذا ارتهن الوصى بدين للميت على رجل جاز) لانه استيفاء وهو يملكه قال رضى الله عنه وفى رهن الوصى تفصيلات نذكرها فى كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

(فصل) قال (ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوى عشرة فهو رهن بعشرة)

(فصل) هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة فى أواخر الكتب فلذلك أخره استدراكا للمافات

بعد هذا بخطوط فى قوله ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهو قول أبى حنيفة رحمه الله الى آخره (قوله لان سقوط الدين أمر لازم فدى أودفع) لان موجب الجناية الدفع أوالفداء وعلى التقديرين يسقط الدين على ماذكر فى الكتاب انه ان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى فى ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك اذا فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء فيكون سقوط الدين من اللوازم فلم يتمكن الراهن من الخروج عن موجب الجناية الا وسقوط دين المرتهن يلازمه فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعا لانه قصد به تطهير ملكه عن الجناية وهو محتاج الى ذلك فلا يكون متبرعا فى نصيب المرتهن كمعير الرهن اذا قضى الدين ثم ان ردعليه المرتهن نصف الفداء بقى مرهونا كما لو فدياه به وان أبى ذلك ونصف الفداء مثل الدين أوأكثر فقد خرج من الرهن لان المرتهن حين أبى الفداء رضى بتوائه فيجعل فى حقه كانه هلك (قوله وان كان غائبا لم يكن متطوعا) ذكر الغيبة مطلقا وكذا فى الايضاح والمبسوط وشرط فى الاسرار ان تكون الغيبة منقطعة (قوله لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمى) لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء حكما فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقى (قوله جاز) أى عقد الرهن وهذا كالراهن اذا باع لا ينفذ بيعه لحق المرتهن وان قضى الراهن دينه ينفذ البيع والله أعلم بالصواب

(فصل) (قوله ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوى عشرة فهو رهن بعشرة)

الكتب (ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة) وان نقص سقط من الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان الفائت مجرد وصف وبفواته

(قال المصنف وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله) أقول قال الامام الزيلعى وعن زفر عن أبى حنيفة رحمه الله على عكسه أن الراهن اذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا فى الفداء وان كان غائبا كان متطوعا فيه ووجهه أن المجنى عليه لا يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لانه ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ العبد منه مالم يحضر الراهن فلا حاجة له الى الفداء فاذا فداه من غير حاجة اليه كان متطوعا وأما فى حالة حضرته فالمجنى عليه يخاطبهما بالدفع والفداء فلا يتوصل المرتهن الى استدامة يده الا بالفداء فكان مضطرا اليه فلا يكون متطوعا كمعير الراهن وصاحب العلو اذا بنى السفل ثم بنى عليه علوه اهـ ولا يخفى أن هذا الوجه يرد اعتراضا على ظاهر الرواية ولا يخلو الخلاص عنه عن الاشكال *(فصل ومن رهن عصيرا)* (قال المصنف ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوى عشرة الخ) أقول قال الزيلعى يشير الى أن المعتبر فيه فى الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه اما مكيل أوموزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شئ من الدين كما فى انكسار القلب وانما يوجب الخيار على ماذكرنا لان الفائت فيه مجرد الوصف وفوات شئ من الوصف فى المكيل والموزون لا يوجب سقوط شئ من الدين باجماع الصحابة فيكون الحكم لان

فى المكيل والموزون لا يسقط شئ من الدين عندهم وانما يتخير الراهن بين أن يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين أن يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد بين أن يفتكه ناقصا وبين أن يجعله بالدين كما فى القلب اذا انكسر فقوله يساوى عشرة وقع اتفاقا وقوله (لان مايكون محلا للبيع) يعنى أن الرهن كالبيع فى الاحتياج الى المحل فيعتبر محله بمحله والخمر لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا فى الرهن ولقائل أن يقول مايرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل ويمكن أن يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الاصل واعلم أن العصير المرهون اذا تخمر فاما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو يكون الراهن وحده مسلما أوبالعكس فان كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل أولم يتخلل وفى الاقسام الباقية ان تخلل فكذلك واليه يلوح اطلاق المصنف رحمه الله حيث قال ثم صار خلا يعنى بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن أن يخلله أولا فيه تفصيل ان كانا مسلمين أوكان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين لكن اعادتها ممكنة بالتخلل فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك واذا جاز ذلك فى المسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة اليهم فلان يجوز فى المرتهن الكافر أولى لانه محل بالنسبة اليه وأما اذا كان الراهن كافرا فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الخمرية لا تعدم المالية فى حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار غاصبا بما صنع كما لو غصب خمر ذمى فخللها فالخل له ووقع التقاصة ان كان الدين من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه وقوله (فهو رهن

لان مايكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا أنه يتخير فى البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوى درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيى بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود أما الرهن يتقرر بالهلاك على مابيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال (ونماء الرهن للراهن وهو

فيما سبق (قوله لان مايكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء) أقول لقائل أن يقول لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من التعليل لما

ذكر صاحب المحيط هذا اذا لم ينقص من الوزن شئ فاما اذا انتقص سقط من الدين بقدر النقصان ويكون هو رهنا بما بقى من الدين وقوله ثم صار خلا يساوى عشرة هذا القيد وقع اتفاقا لان انتقاص القيمة لا يوجب سقوط شئ من الدين اذا بقى القدر على حاله كما لو انكسر القلب وبقى الوزن على حاله (قوله فهو محل له بقاء) وذلك لان الخمر مال الا أنه ليس بمتقوم فبالنظر الى جهة المالية يقتضى المحلية والنظر الى أنه ليس بمتقوم يقتضى انعدام المحلية فعملنا بالشبهين فقلنا بانه ليس بمحل ابتداء وانه محل بقاء ولم نقل بالعكس لان مايكون محلا للابتداء فهو محل للبقاء فان البقاء أسهل من الابتداء فلا يمكن اعتبار الشبهين (قوله فصار يساوى درهما فهو رهن بدرهم) هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهمين كان الجلد

بدرهم) يعنى ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وأما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بان ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كانت أكثر أوأقل فهى مذكورة فى النهاية قال (ونماء الرهن للراهن الخ)

الاصل ان الاوصاف القارة فى الامهات تسرى الى الاولاد اذا كانت صالحة لاحكامها والرهن منها لكونه حقا لازما اذ اللازم هو القار والقار مايكون ثابتا فى جملة الام ولا ينفرد من عليه بابطال حكمه ككونها حرة وقنة ومبيعة ومكاتبة ومدبرة وانما فسرنا بذلك لئلا ترد كفالة الحرة فانها ماتسرى الى الاولاد والزكاة بعد كمال الحول كذلك فانهما يثبتان

فيه أنه ان نقص شئ من القدر سقط بقدره من الدين والافلا اهـ فكان الاصوب أن يقول بدل قوله يساوى عشرة الخ والمقدار باق على حاله (قال المصنف لان مايكون محلا للبيع يكون محلا للرهن) أقول منقوض بالشائع والجواب أن فيهما اعتبار قوله ويمكن أن يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا) أقول فيه بحث لان مآل ماذكره أن يكون السبب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصير بالخمرية الى الخلية معه تبدلها والاولى أن يجاب بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصير فتخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات يرثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء للنهى عن الاقتراب والاعتزار ولا يوجد ذلك فى البقاء فليتأمل (قوله والخمر ليست بمحل) أقول للرهن ابتداء (قوله لانها محل بالنسبة اليه) أقول نعم الا أنه ليس كتخليص الرهن من الجناية بالنسبة اليه لكن لا غرو فان كونه كذلك بالنسبة الى الراهن كاف (قوله وانما فسرنا الخ) أقول أى اللازم (قوله فانهما يثبتان فى ذمة الكفيل والمال لا فى عين الامهات) أقول هذا تعليل لقوله لئلا يرد الخ يعنى لا فى جملتهما أى فى جملة الكفيل والام التى ثبت حق الزكاة فيها وفيه تأمل فان كونها مالا يثبت فيه حق الزكاة وصف ثابت بجملتها ثم أقول ولك أن تقول يخرج الجواب عن ولد المستأجرة والموصى بخدمتها بانهما لا يثبتان فى

مثل الولد والثمر واللبن والصوف) لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسرى اليه

ظهر فائدة قوله ثم صار خلا فى وضع المسئلة بل كان يكفى أن يقال ومن رهن عصيرا بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه فى اثبات هذا المعنى العام فتأمل قال صاحب العناية ولقائل أن يقول

رهنا بدرهمين وانما يعرف هذا فيما اذا نظر الى قيمة الجلد والى قيمة اللحم يوم الارتهان فان كانت قيمة اللحم تسعة وقيمة الجلد درهما كان الجلد رهنا بدرهم وانما يعرف اذا نظر الى قيمة الشاة حية والى قيمتها مسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة علم أن قيمة الجلد درهم يوم الرهن لان بازاء كل درهم من الشاة درهم من الدين فيسقط من الدين تسعة و يبقى الجلد رهنا بدرهم وان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة ثمانية علم ان قيمة الجلد درهمان فيكون الجلد رهنا بدرهمين وانما وجب النظر الى قيمة الجلد واللحم يوم الارتهان لا يوم الدباغة لان الاصل ان قيمة الرهن انما تعتبر يوم الارتهان هذا الذى ذكرنا فيما اذا كانت قيمة الشاة مثل الدين اما اذا كانت قيمة الشاة أكثر من الدين بان كانت قيمة الشاة عشرين وقد دبغ الجلد فانه ينظر الى قيمة الجلد والى اللحم يوم الارتهان فان كانت قيمته يوم الارتهان درهما بان كانت قيمتها حية عشرين ومسلوخة تسعة عشر علم ان قيمة الجلد كانت درهما فيكون رهنا بنصف درهم لان بازاء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين فيكون الجلد رهنا بنصف درهم و يسقط بازاء اللحم تسعة ونصف وان كانت قيمة الشاة أقل من الدين بان كانت قيمتها خمسة وقد دبغ الجلد وكانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما فقد ذهب من الدين اربعة والجلد رهن بستة لان الخمسة من الدين كانت باقية و بمقابلة الخمسة الاخرى كانت الشاة مرهونة فلما ماتت الشاة ذهب بما ذهب وهو الخمسة وقد عاد من الساقط بقدر مالية الجلد بالدباغة وهو درهم وكل جزء من الرهن محبوس بجميع الدين فلهذا كان الجلد مرهونا بما بقى من الدين وهو ستة ولم يعد أربعة لانها كانت بازاء اللحم ولم يزل التوى عن اللحم وقد كان بقى عليه من الدين خمسة فكان الباقى من الدين ستة فصار الجلد رهنا بستة مضمونا بدرهم فاذا هلك الجلد بعد ذلك هلك بدرهم واحد فيرجع على الراهن بالخمسة الباقية من الدين ثم هذا الذى ذكره محمد رحمه الله ان الجلد يصير رهنا بما يخصه من الدين لا يشكل اذا حصل دبغ الجلد من المرتهن بشئ لا قيمة له بان تربه أو شمسه لانه فى هذه الحالة لا يستحق بسبب الدباغة على الراهن شيأ حتى يستحق حبس الجلد فاما اذا حصل الدبغ بما له قيمة للمرتهن حق حبس الرهن بما زاد الدبغ فيه كما لو غصب جلد ميتة ودبغه بشئ له قيمة واذا استحق الحبس بدين حادث وجب له على الراهن هل يبطل الرهن الاول أم لا قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله فيه قولان فى أحدهما يبطل و يصير الجلد رهنا بقيمة ما زاد الدباغ فيه حتى لو أدى الراهن قيمة ما زاد الدباغ فيه أخذ الجلد لانه صار مرهونا بالدين الثانى حكما ولو صار مرهونا بالدين الثانى حقيقة بان قال الراهن جعلته رهنا بالدين الحادث ينفسخ الاول بالثانى فكذا اذا صار مرهونا به حكما وفى القول الآخر لا يبطل لان الاصل عندنا ان الشئ انما يبطل بما هو مثله أو فوقه ولا يبطل بما هو دونه كالبيع بالف و ينفسخ بالبيع بالف وخمسمائة لانه مثله ولا ينفسخ بالرهن والاجارة لانه دونه والرهن الثانى ههنا دون الاول لانه انما يستحق حبس الجلد بالمالية التى اتصلت بالجلد الدبغ وتلك المالية تبع للجلد فانه وصف له والوصف يتبع الاصل والرهن الاول بما يحكم هو أصل بنفسه وليس بتبع لغيره فيكون أقوى من الثانى فلم يرتفع الاول بالثانى و يثبت الثانى أيضا لانه لا يمكن رده بخلاف الاجارة والرهن (قوله ويكون رهنا مع الاصل) على معنى أنه يحبس كما يحبس الرهن (قوله والرهن حق لازم فيسرى اليه) ومعنى قوله لازم أى متأكد بحيث لا اختيار فيه ودليل التأكيد هو ان الراهن لا يملك ابطاله بخلاف حق ولى الجناية فى الامة الجانية حيث لا يسرى الى الولد لانه ليس بمتأكد فى الجار يتحتى ينفرد المالك من ابطاله بالفداء والاصل فى هذا ما هو الجارى على ألسن الفقهاء بقولهم الاوصاف القارة فى الامهات تسرى الى الاولاد والرهن من الاوصاف القارة فى الامهات فيسرى الى

فى ذمة الكفيل والمالك لا فى عين الامهات ولئلا يرد ولد الجانية فان من عليه ينفرد بالابطال باختيار الفداء وانما قيدنا الاولاد بصلاحيتها لاحكام الاوصاف لئلا يرد ولد المغصوبة والمستأجرة والمنكوحة والموصى بخدمتها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف أما فى غير الغصب

عين الامهات لكون كل منهما عقدا على المنفعة (قوله ولئلا يرد ولد الجانية فان من عليه الخ) أقول لفظة من عبارة عن المولى (قوله ينفرد بالابطال أقول أى بابطال الجناية عن الام بالتزامها فى ذمته باختيار الفداء (قوله باختيار الفداء) أقول فعلى هذا لو كانت وصفا قارا لا يرد نقضا لعدم ثبوتها

(فان

(فان هلك يهلك بغير شئ) لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها (وان هلك الاصل وبقى النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك) لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقى الى وقته والتبع يقابله شئ اذا صار مقصودا كولد المبيع فما أصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا

ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل قال ويمكن أن يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الاصل اه أقول فى الجواب بحث اذ لقائل أن يعود ويقول لو كان يتبدل المحل ههنا بتبدل الوصف كان ينبغى أن يبطل العقد فيما اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض اذ على تقدير تبدل المحل يلزم أن يكون المبيع هالكا قبل القبض فى هاتيك الصورة وقد قالوا فى المسئلة الآتية ان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وان المنتقض لا يعود مع أنه ذكر فى الكتاب أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا أنه يتخير فى البيع فان قيل هذا التبدل ليس بتبدل حقيقى بل هو تبدل حكمى كما صرح به صاحب العناية والذى يستلزم كون البيع هالكا انما هو التبدل الحقيقى دون الحكمى قلنا فلقائل أن يقول ما بال هذا التبدل الحكمى كان له تأثير فى التخلف عن ذلك الاصل المقرر ولم يكن له تأثير فى كون المبيع هالكا وما الفارق بينهما وبالجملة للكلام مجال فى كل حال وأورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال فيه بحث لان ما حل ما ذكره أن يكون السالب القابلية المحلية وهو تبدل وصف العصيرية الى الخمرية مصححا لها وقال والاولى أن يجاب بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصير فتخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات ورثه

الولد وقال الشافعى رحمه الله النماء ليس برهن وبه قال مالك رحمه الله لان الثابت بالرهن حق البيع فى الدين عنده وذا ليس بحق متأكد فى العين فلا يسرى الى الولد كحق الوكالة بالبيع ولا يقال يشكل بالجارية الموصى بخدمتها اذا ولدت لا يسرى حق الموصى له بالخدمة الى الولد وان كان حق الموصى له لازما لانا نقول حق الموصى له فى المنفعة لا فى العين الا أنه لا يتوصل الى المنفعة الا بكون العين محبوسة عنده فكان تعلق حقه بالعين باعتبار الضرورة فلا يتعدى موضع الضرورة كالمستأجرة اذا ولدت لا يسرى حق المستأجر الى الولد فكذا ههنا (قوله لانها لم تدخل تحت العقد) أى الاوصاف والاتباع لم تدخل تحت العقد الوارد على الاصل مقصودا فلا يكون لها قسط مما يقابل بالاصل فان قيل يشكل بارش أطراف الرهن فانها تبع للرهن ومع ذلك يكون فى مقابلتها شئ من الدين المقابل بالاصل حتى يسقط من الدين اذا هلك الارش فى يد المرتهن بقدره قلنا الاطراف اذا وجد فيها فعل حسى تكون مقصودة فاذا كان الطرف مقصودا بواسطة الفعل الحسى يكون الارش وهو انما يجب بدلا عن ماليته مقصودا كذلك فلا يرد ذلك نقضا علينا (قوله والزيادة تصير مقصودة بالفكاك) وذلك لان الزيادة لا تصير مقصودة الا بفعل حسى كما ذكرنا ولا فعل ههنا سوى الفكاك فيصير مقصودا به فاذا صار مقصودا لا بد من القول بان فى مقابلته شيأ اذ لو لم يكن فى مقابلته شئ لما كان لابقائه فائدة والشرع منزه عن مثله وانما قلنا بان الرهن باق فيه لانه كان رهنا فى حياة الام وبموت الام لا يبطل الرهن بل ينتهى والشئ اذا انتهى تقرر فاذا تقرر الرهن فى الام يبقى فى الولد كما كان اذ التبعية بينهما انما كانت حكما لا حسا واذا كانت التبعية حكما يبقى كذلك تبعا للاصل حكما وان هلك حسا كولد المبيعة قبل القبض اذا ماتت المبيعة يبقى البيع ببقاء الولد والبيع انما يثبت فى الولد بطريق التبعية بدليل ان الولد لو مات عند البائع لا يسقط من الثمن شئ ثم اذا بقى الراهن فى الولد يعتبر قيمته يوم الفكاك لان الولد انما يصير فى مقابلته من الدين شئ يوم الفكاك (قوله والتبع يقابله شئ اذا صار مقصودا كولد المبيع) لا يكون لولد المبيع حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالقبض (قوله فما أصاب الاصل سقط من الدين) لانه يقابله الاصل مقصودا وما أصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا أى لكونه مقصودا بالفكاك تفسيره اذا كانت قيمة الاصل ألفا والولد يساوى ألفا فالدين نصفان فى الظاهر فان مات

فظاهر وأما فى الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضا مقصودا بغير حق ولم يتحقق فى الولد واذا ظهر هذا علم أن نماء الرهن كاللبن والثمر والصوف والولد للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له ففى الاصل وصفان لازمان الملك وكونه رهنا فيسريان الى الولد فان هلك الولد هلك بغير شئ لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل اذا لم تكن مقصودة لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لم يتناولها وان هلك الاصل و بقى النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض لانه مضمون بالقبض كما تقدم

للام (قوله وأما فى الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضا مقصودا الخ) أقول واذا انعدم سبب الغصب وهو القبض مقصودا انعدم حكمه لا محالة

وقيمة النماء يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا به ولو هلك قبله هلك مجانا والتبع يقابله شئ اذا صار مقصودا كولد المبيع فانه يكون له حصة من
الثمن اذا صار مقصودا بالقبض والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكاك فيخصه شئ من الدين فما أصاب الاصل يسقط من الدين بقدره لانه يقابله
الاصل مقصودا وما أصاب النماء افتكه الراهن به وقوله (وصور المسائل على هذا الاصل) يعني ما ذكرنا من قسمة الدين
على قيمتهما يوم القبض والفكاك (تخرج) وفي ذلك كثرة وتطويل فاعرض عنها ذا تابعناه في ذلك وقوله (فيصح تعليقها بالشرط) يريد بالشرط قوله فاحلبت فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في خبرها وقوله (لانه أتلفه باذن المالك) فيه اشارة الى أنه لو أتلف بغير اذنه ضمن وكانت القيمة رهنا مع الشاة وكذا لو فعل الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن قال (وتجوز الزيادة في الرهن الخ) الزيادة في الرهن مثل أن يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة جاز عند علمائنا رحمهم الله والزيادة على الدين لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وقال زفر والشافعي لا تجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة وهو أن يزوج المولى امته من رجل بالف ثم زوج أمة أخرى بذلك الالف وقبل الزوج يصح العقد ان ويقسم الالف عليهما وذكر في الاسرار
وطريقة البزعزي وغير ذلك أن ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين الضرير رحمه الله أنه قال يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة في المنكوحة أن يقول المولى زدتك أمة أخرى بذلك المهر أما لو قال زوجتك والمهر

وما أصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات (ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شئ من ذلك) أما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر (ولا يسقط شئ من الدين) لانه أتلفه باذن المالك (فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما أصاب الشاة سقط وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن) لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد الشاة اذا أذن له الراهن في أكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال (وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) عند أبي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهنا بها وقال أبو يوسف تجوز الزيادة في الدين أيضا وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن

قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء للنهي عن الاقتراب والاغترار ولا يوجد ذلك في البقاء فليتامل انتهى الى هنا كلامه أقول جوابه الذي عده أولى ليس بشئ لان مورد السؤال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل أن يقول الخ انما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة أن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حيث ورد عليه أن ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما معنى كون الخمر محلا للبيع في البقاء دون الابتداء ولا شك أن القول بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السؤال المزبور المورد على قولهم في التعليل المذكور ان الخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء بل يكون مآله تغيير تعليلهم المذكور الى أن يقال ان ما يكون حكما للبيع يكون حكما للرهن والخمر قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا في الرهن وهذا مع كونه عدولا عن تعليلهم المرضي عندهم ليس بصحيح في نفسه اذ لا ريب أن ما يكون حكما للبيع وهو ملك العين لا يكون حكما للرهن فان حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء أو الحبس للمرتهن لا غير كما تقرر

الولد ذهب بغير شئ ويبقى الدين بازاء الام وان ماتت الام وبقي الولد فانه افتكه بنصف الدين وان هلك الولد بعد موت الام ذهب بغير شئ وذهب كل الدين بموت الام (قوله ولا يسقط شئ من الدين لانه أتلفه باذن المالك) وفي الذخيرة اذا حلب المرتهن الشاة التي هي رهن باذن الراهن وشربه فلا ضمان عليه ويسقط شئ من الدين ولو فعل ذلك بغير اذن الراهن وجب عليه الضمان فيكون رهنا عند المرتهن ومحبوسا بالدين مع الشاة وكذلك لو فعل الراهن ذلك بنفسه بغير اذن المرتهن ضمن قيمته وتكون القيمة رهنا عند المرتهن مع الشاة ثم التقييد بالشاة انما تظهر فائدته في جانب الضمان فيما اذا حلبها بغير اذنه حتى ان المرهون لو كان أمة فارضعت صبي المرتهن بغير اذن الراهن لم يحتسب به لان لبن الآدمي لا ثمن له (قوله وتجوز الزيادة في الرهن) بان رهن ثوبا بعشرة قيمته عشرة ثم زاد الراهن ثوبا آخر ليكون مرهونا مع الاول بعشرة ولا تجوز الزيادة في الدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو القياس أي اذا رهن عبدا بالف ثم حدث للمرتهن دين آخر بالشراء أو الاستقراض فجعلا الرهن بالدين القديم رهنا به وبالدين الحادث فانه لا يصير الرهن الاول رهنا بالدين الحادث عندهما بل يكون كل الرهن بمقابلة الدين السابق (قوله والخلاف معهما في الرهن) أي في زيادة

(قوله وقيمة النماء يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا به) أقول الضمير في به راجع الى الفكاك (قوله اذا صار مقصودا بالقبض) أقول اذا ماتت الام (قال المصنف وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) أقول معناه لا يكون الرهن رهنا بالزيادة لا أن نفس زيادة الدين على الدين غير

والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وان كان الدين ألفا وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض ألفا والدين ألفا يقسم الدين أثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد

فيما مر (قوله ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن الخ) أقول لقائل أن يقول لا فائدة لقوله وهو القياس في أثناء ذكر دليلهما لان دليل أبي يوسف أيضا هو القياس كما أفصح عنه تقرير المصنف اياه حيث قال ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن ثم قال والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان وعن هذا ترك صاحب الكافي القيد المذكور أعني قوله وهو القياس في أثناء تقرير دليلهما والجواب أنه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبي يوسف في هذه

الرهن والمنكوحة أي في زيادة المنكوحة بان زوج المولى أمة من رجل بمهر مقدر ثم زوج المولى أمة أخرى منه بذلك المهر وقبل الزوج يصح وينقسم الالف عليهما (قوله وقد ذكرناه في البيوع) أي في الفصل الذي ذكره في باب المرابحة والتولية (قوله ولابي يوسف رحمه الله في الخلافية الاخرى) وهو قوله وقال أبو يوسف رحمه الله تجوز الزيادة في الدين أيضا (قوله ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن) حتى يكون الرهن محبوسا بالدين مضمونا به كالمبيع بالثمن ثم الزيادة في الرهن ملحقة باصل العقد فكذا الزيادة في الدين كالزيادة في المبيع والثمن (قوله والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد) للحاجة وامكان الزيادة ففي الثمن انما يصح بالتحاقها باصل العقد فانه لولا ذلك لما صحت الزيادة ثمنا فكذا الزيادة في المبيع تصح لهذا الوصف أيضا والدين مع الرهن كالثمن مع المبيع ويجوز الزيادة في الرهن بالتحاق الزيادة باصل العقد فكذا الزيادة في الدين بجامع الحاجة والامكان فان الحاجة تمس الى الزيادة في الدين كما تمس الى الزيادة في الرهن بان يكون في مالية الرهن فضل على الدين ويحتاج الراهن الى مال آخر فيجعلانه رهنا بهما وأما الامكان فلان العقد بعد الالتحاق يتغير من وصف مشروع الى وصف مشروع بان يصير قيمة الرهن مثل الدين أو أقل وأنه مشروع في الابتداء فكذا في الانتهاء ولهما ان الزيادة في الدين تؤدي الى الشيوع في الرهن لان بعض الرهن يفرغ من الدين الاول ليثبت فيه ضمان الدين الثاني فيبقى حكم الاول في البعض مشاعا والشيوع في الرهن يمنع صحة الرهن فاما الزيادة في الرهن فتؤدي الى الشيوع في الدين لان بعض الدين يتحول ضمانه من الرهن الاول الى الثاني والشيوع في الدين لا يضر كما لو رهنه بنصف الدين رهنا (قوله والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين) جواب لابي يوسف رحمه الله في قوله والامكان لان الالتحاق باصل العقد في المعقود عليه أو المعقود به والدين ليس بمعقود عليه ولا معقود به لان المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد والدين كان واجبا قبل عقد الرهن بسببه ويبقى بعد فسخ الرهن فلا يمكن اثبات الزيادة فيه ملتحقة باصل العقد وأما الرهن فمعقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى محبوسا بعد عقد الرهن فالزيادة في الرهن زيادة في المعقود عليه فيلتحق باصل العقد والثمن يجب بالعقد فيكون معقودا به فوضح الفرق (قوله وتسمى هذه) أي الزيادة في الرهن زيادة قصدية بخلاف نماء الرهن فان ذلك زيادة في الرهن

هذه الامة الاخرى بذلك المهر لزم أن يصح وقوله (ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمسمائة) يعني من الدين الذي هو ألف فيكون بنصف الدين كان جائزا ولو رهن ثوبا بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح وقوله (والالتحاق باصل العقد) افساد للجامع الذي ذكره أبو يوسف رحمه الله وهو واضح وحاصله أن الالتحاق باصل العقد انما يتصور اذا كانت الزيادة في المعقود عليه أو المعقود به والزيادة في الدين ليست في شئ من ذلك أما أنه غير معقود عليه فظاهر وأما أنه ليس بمعقود به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن فانه معقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله (وتسمى هذه زيادة قصدية) يعني بخلاف نماء

صحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز اجماعا (قال المصنف وقد ذكرناه في البيوع) أقول المذكور فيه خلافها في زيادة الثمن وحطه لا غير (قوله أن يقول المولى زدتك أمة أخرى) أقول فانه ليس فيه

الرهن فانه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلفا حكما وقوله (واذا ولدت المرهونة ولدا) يعني اذا رهن جارية بالف تساوي ألفا فولدت ولدا يساوي ألفا فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهنا وهو أيضا يساوي ألفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع

ثمنهما وقت القبض (واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة) لانه جعله زيادة مع الولد دون الام (ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها) لان الزيادة دخلت على الام قال (فان رهن عبدا يساوي ألفا بالف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مكان الاول) لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد أمانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد

المسئلة التي هي الخلافية الاخرى وهي مسئلة الزيادة في الدين بل مراده بذلك هو الاحتراز عن أصل أئمتنا الثلاثة في الخلافية الاولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن فان أصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيرها والباعث على تقييد المصنف ههنا بهذا الاحتراز هو أنه لما كان دليل أبي يوسف في الخلافية الاخرى هو القياس كما أفصح عنه تقريره جاز أن يتوهم أن دليلهما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونهما في خلافية ههنا فنبه على أن أصلهما أيضا هو القياس في هذه المسئلة وانما الاستحسان أصلهم في الخلافية الاولى (قوله والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن) أقول لقائل أن يقول سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز أن يكون الدين الذي زيد دينا جديدا حادثا بموجب متأخر عن عقد الرهن من الاستقراض وغيره والجواب أن الكلام في الالتحاق باصل العقد فالدين وان كان متأخرا عن أصل عقد الرهن الا أنه يثبت بالالتحاق باصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن الابتدائي ولا شك أن زمان وجوب الدين الجديد مقدم على زمان التحاقه بالاصل فان الالتحاق فرع التحقق فلهذا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تامل تفهم

وليس بقصدية بل هو زيادة ضمنية ويختلفان حكما أيضا فان الدين يقسم على قيمة الزيادة في الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك (قوله واذا ولدت المرهونة ولدا) رهنت أمة بالف وقيمتها ألف وولدت ولدا يساوي ألفا ثم ان الراهن زاد المرتهن مع الولد عبدا يساوي ألفا بان قال زدتك هذا العبد مع الولد فالعبد رهن مع الولد فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وعلى قيمة الزيادة يوم القبض لانها دخلت في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لان الولد اذا هلك خرج عن العقد فصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة أيضا لانها ملحقة بالولد في الحكم (قوله ولو كانت الزيادة مع الام) بان قال زدتك هذا العبد مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام فكانها كانت في أصل العقد فيكون للولد داخلا في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيهما لان بهلاك الام يتقرر الضمان فلا يبطل الحكم في الزيادة بخلاف الزيادة في الولد ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء فكان العبد زيد في الام ولا ولد معها (قوله ما دام الدين باقيا) هذا احتراز عن الابراء على ما يجيء فان بالابراء يرتفع الضمان وان لم ينقض القبض بالرد الى الراهن حتى لو هلك يهلك بغير شيء

الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لانه دخل في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الام قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام فصارت كأنها كانت في أصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيهما لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة فلو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الام ولا ولد معها قال (فان رهن عبدا يساوي ألفا الخ) كلامه واضح

لفظ التزويج (قوله وأمانة ليس بمعقود به فلو جوبه) أقول الاصوب أن يقول اما أنها ليست في المعقود عليه فظاهر وأما انها ليست بالمعقود به فلان الدين واجب بسببه قبل عقد الرهن وانما قلنا ان الاصوب ذلك لان ظاهر تقريره يدل على ان المقصود بالنفي كون الزيادة مقصورا عليها وبها وليس كذلك لظهور أنها ليست واجبة قبل عقد الرهن فليتامل وتوجيه ما ذكره المصنف ارجاع الضمير الى الملحق به المعلوم من سياق الكلام (قوله فان مات الولد بعد الزيادة) أقول قبل الفكاك

فاستوفى

قوله (وعلى ما بيناه من قبل) يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض وقوله (خلافا لزفر رحمه الله) هو يقول ان الضمان في باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الابراء وما قبله سواء ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء وان لم

فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد وأخذها فان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه أمانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين (ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا) خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء أو الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا أحدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم تبق له ولاية المنع (وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيأ) لسقوط الدين كما في الابراء (ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الابراء) ووجه الفرق أن بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني (وكذا اذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين) لانه استيفاء

(قوله ووجه الفرق أن بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني) المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمي وبالاستيفاء الثاني هو الاستيفاء الحقيقي كذا في عامة الشروح أقول ههنا نوع اشكال وهو أن الاستيفاء الحكمي الذي ثبت للمرتهن بقبض الرهن اما أن ينتقض باستيفائه

(قوله فان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف) لا يقال بان حقه في الجياد دون الزيوف فينبغي ان يكون الزيوف أمانة دون الجياد لانا نقول لما قبض الزيوف أولا وقع الاستيفاء لاصل حقه ولكن فات الوصف ولهذا لو تجوز به يتم الاستيفاء فاذا حصل بقبض الزيوف أصل الاستيفاء يكون الجياد أمانة ضرورة كيلا يتكرر الاستيفاء (قوله لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل) أي في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض (قوله لان الرهن مضمون بالدين أو بجهته) هذا تعليل جواب الاستحسان بان الرهن يهلك بغير شيء استحسانا بيان هذا هو ان ضمان الرهن ثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان استيفاء فلا يتحقق ذلك الا باعتبار بقاء الدين وبالابراء عن الدين انعدم أحد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحدهما ألا ترى انه لو رد سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذلك اذا أبرأ عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض ولما لم يبق الدين بالابراء أو الهبة ولا جهة الدين لم يبق الضمان (قوله ووجه الفرق) أي بين الاداء والابراء وحاصله ان الرهن انما يكون مضمونا بالدين عند قيامه أو توهم ثبوته كما في الدين الموعود وبالابراء أو الهبة وأخواتهما لا يبقى الدين ولا يتوهم قيامه وهذا بخلاف ما لو أدى الراهن الدين أو تبرع به غيره لان الدين في فصل الايفاء قائم بدليل انه اذا أبرأ رب الدين المديون من الدين بعد الاداء يتمكن المديون من استرداد ما أدى وعدم ولاية المطالبة لخلوها عن الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله (قوله لقيام الموجب) وهو اما القرض أو المداينة أو الاجارة وغير ذلك (قوله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول) أي اذا هلك الرهن يتقرر الاستيفاء الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الاستيفاء الحقيقي ولا يتكرر الاستيفاء (قوله وكذا اذا اشترى بالدين عينا) معطوف على قوله ولو استوفى المرتهن الدين الى قوله ويجب عليه رد ما استوفى (قوله أو صالح عنه على عين) لانه الاستيفاء أي الشراء بالدين أو الصلح عنه على عين فانه شراء بالدين اذا كان عن اقرار

يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب أن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء أي بسببه ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الابراء فانه يضمن وقد سقط الدين أجاب بقوله الا اذا أحدث منعا لانه يصير به غاصبا لانتفاء ولاية منعه والجواب عن صورة الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله ان بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد الذي لزم الدين به الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فيفضي الى الدور وقوله (فاما هو) يعني تعذر الاستيفاء فاما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرير للتوكيد (فاذا هلك) يعني الرهن يتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفاء وقوله (وكذا اذا اشترى)

(قوله وان لم يبق الدين بالابراء) أقول لفظ الابراء ليس في محله كما لا يخفى (قوله أو لتوهم الوجوب الخ) أقول فيه بحث وفي بعض النسخ عند توهم الوجود وهو الصحيح (قوله يسقط الدين أصلا كما ذكرنا) أقول آنفا (قوله وبالاستيفاء لا يسقط) أقول يعني لا يسقط الدين (قوله لقيام الموجب) أقول يعني الموجب للدين

معطوف على قوله ولو استوفى وقوله (لانه) أى لان كل واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا أو قيمته ان هلك فى يده قبل الرد وقوله (لانه) يعنى البراءة بطريق الاداء اشارة الى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغى أن يكون بمعنى الابراء فيهلك أمانة ووجه ذلك ما أشار اليه أن الحوالة وان كانت ابراء لكنها بطريق الاداء دون الاسقاط (لانه يزول به) أى بعقد الحوالة الخ وقوله (لانه) يعنى المحال عليه (بمنزلة الوكيل) عن المحيل بقضاء الدين وقوله (وكذلك لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن الخ) اختيار بعض المشايخ اختاره المصنف ومنهم من قال اذا كان التصادق بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فان وجوبه ظاهرا يكفى لضمان الرهن فكان مستوفيا فاما اذا كان قبله هلك أمانة لان بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين ووجه مختار المصنف ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعنى بعد التصادق على عدمه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه فتكون الجهة باقية وضمان الرهن متحقق بتوهم الوجوب وقوله (بخلاف الابراء) راجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه من ثمة الى ههنا نقوض على جواب الاستحسان فى صورة الابراء والاولى أن يرجع الى قوله فتكون الجهة باقية

(وكذلك اذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين) لانه فى معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل (وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين) لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله أعلم

الدين حقيقة بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع قبل هلاك الرهن أو لم ينتقض بل بقى على حاله فان انتقض لم يتم قوله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول اذ قد تقرر عندهم أن المنتقض لا يعود وقد مر فى الكتاب غير مرة وان لم ينتقض بل بقى على حاله يلزم أن يتكرر الاستيفاء عند استيفائه الدين بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع وتكرره مؤد الى الربا فاسد كما مر أيضا غير مرة ويمكن أن يجاب عنه بانه غير منتقض بل باق على حاله ولكنه فى قوة الزوال والانتقاض برد المرتهن الرهن على الراهن سيما اذا وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقى كما فيما نحن فيه فكان الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقى ما لم يتقرر الاستيفاء الحكمى بهلاك الرهن فى يد المرتهن فلم يجعل فاسدا هذا غاية ما يمكن فى التفصى عن ذلك الاشكال وان كان لا يخلو عن نوع تكلف (قوله بخلاف الابراء) قال صاحب العناية قوله بخلاف الابراء راجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه من ثمة الى ههنا نقوض على جواب الاستحسان فى صورة الابراء وقال والاولى أن يرجع الى قوله فتكون الجهة باقية انتهى أقول لا مساغ عندى لان يكون قوله ههنا بخلاف الابراء راجعا الى قوله ولو استوفى لان المصنف قال بعد ذكر مسئلة استيفاء المرتهن الدين فيما مر بخلاف الابراء وبين وجه الفرق بين الابراء والاستيفاء مستوفى فلو كان قوله ههنا بخلاف الابراء راجعا الى قوله ولو استوفى لتكرر الحشو فى كلامه وحاشاه عن ارتكاب مثل ذلك

استيفاء لانه يجب على رب الدين مثله بالشراء أو الصلح عنه (قوله بطلت الحوالة) لانه لم تبق المطالبة بهلاك الرهن لتقرر الاستيفاء (قوله ويهلك بالدين) لان الحوالة لا تسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الى ذمته اذا مات المحتال عليه مفلسا (قوله أو ما يرجع عليه) معطوف على مثل ما كان (قوله لانه بمنزلة الوكيل) تعليل لقوله يرجع عليه أى المحتال عليه بمنزلة الوكيل بقضاء الدين على المحيل (قوله وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين) لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه لان الرهن حصل بدين يتوهم وجوبه للمحال وبتصادقهما على ان لا دين لا يزول التوهم لجواز ان يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على ان لا دين فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء لانه يسقطه وذكر شمس الائمة السرخسى فى المبسوط واذا تصادقا على ان لا دين بقى ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفى بضمان الرهن فصار مستوفيا فاما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك الرهن فان هناك يهلك أمانة لان بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر شيخ الاسلام الاسبيجابى رحمه الله انهما اذا تصادقا

(قوله أو قيمته ان هلك فى يده قبل الرد) أقول ولا ينتقض الشراء والصلح (قال المصنف وكذا لو تصادقا على أن لا دين) أقول قال الزيلعى قال فى الكافى ذكر شمس الائمة السرخسى فى المبسوط اذا تصادقا أن لا دين بقى ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لضمان الرهن وأما اذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم ثم هلك يهلك أمانة لانه بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر الاسبيجابى أنهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا انتهى واختيار المصنف هلاكه مضمونا فى الصورتين كما لا يخفى (قوله يعنى بعد التصادق على عدمه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه) أقول فيه نظر فان الاحتمال الذى لم ينشأ عن دليل لا بد لا عتباره فى مثل ما نحن فيه من دليل (قوله وقوله بخلاف الابراء) أقول قال الاتقانى قوله بخلاف الابراء يتصل بقوله يهلك الدين والله أعلم

(كتاب

(كتاب الجنايات)

قال (القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطا والقتل بسبب) والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام

(كتاب الجنايات)

أورد الجنايات عقيب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية والصيانة فان الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس ألا ترى الى قوله تعالى ولكم فى القصاص حياة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا فى أكثر الشروح قال فى غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة لانها عبارة عما ليس للانسان فعله انتهى أقول ليس هذا بشئ لان المقصود بالبيان فى كتاب الجنايات انما هو أحكام الجنايات دون أنفسها ولا شك أن أحكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة أيضا فلا معنى لتأخيرها من هذه الحيثية ثم ان الجناية فى اللغة اسم لما تجنيه من شر تكسبه وهى فى الاصل مصدر جنى عليه شرا جناية وهو عام فى كل ما يقبح ويسوء الا أنه فى الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثانى يسمى قطعا وجرحا هذا زبدة ما فى الكتاب والشروح (قوله القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطا والقتل بسبب) قال صاحب النهاية وجه الانحصار فى هذه الخمسة هو أن القتل اذا صدر عن انسان لا يخلو اما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما أن يكون به قصد القتل أم لا فان كان فهو عمد وان لم يكن فهو خطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما أن يكون معه قصد التأديب والضرب أم لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما أن يكون جاريا مجرى الخطا أم لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بسبب وبهذا الانحصار يعرف أيضا تفسير كل واحد منها انتهى أقول فيه خلل أما أولا فلانه جعل القتل الخطا مخصوصا بما حصل بسلاح وليس كذلك اذ لا شك أن القتل الخطا كما يكون بسلاح يكون أيضا بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة وأما ثانيا فلان قوله فان كان فهو هو يشبه تفسير الشئ بنفسه وأما ثالثا فلان قوله وان لم يكن جاريا مجرى الخطا فهو القتل بسبب ليس بتام لان ما لا يكون جاريا مجرى الخطا لا يلزم أن يكون القتل بسبب البتة بل يجوز أن يكون القتل بخطا محض أيضا فلا يتم الحصر فى القتل بسبب ولما تنبه صاحب العناية لما فى وجه الحصر الذى ذكره صاحب النهاية من القصور قال فى بيان قول المصنف القتل على خمسة أوجه وذلك أنا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شئ من الاحكام المذكورة أحد هؤلاء الاوجه المذكورة ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه ورككته ظاهران من غير تفصيل وبيان (قوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام) قال جمهور الشراح انما قيد به لان أنواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من

قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا والله أعلم

(كتاب الجنايات)

الجناية اسم لما يجنيه من شر أى يحدثه تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا أنه خص بما يحرم من الفعل وأصله من جنى الثمر وهو أخذه من الشجر كذا فى المغرب (قوله والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام) يعنى ليس المراد من قوله القتل على خمسة أوجه نفس القتل من غير نظر الى ان يتعلق به حكم أولا وانما المراد منه قتل يتعلق به الاحكام كالقصاص والدية والكفارة وحرمان الميراث وغيرها فان القتل من حيث هو أكثر من خمسة كالقتل قصاصا أو رجما وقتل الحربى وقتل قطاع الطريق وغيرها ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله فى كتاب الايمان الايمان ثلاثة ولم يرد به جنس الايمان لانها أكثر من ثلاثة يمين بالله ويمين بالطلاق ويمين بالعتاق والحج والعمرة وانما أراد بذلك الايمان بالله تعالى ألا ترى انه اشتغل ببيان حكم اليمين بالله فقال يمين

صورة الابراء والاولى أن يرجع الى قوله فتكون الجهة باقية

(كتاب الجنايات)

ذكر الجنايات عقب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجنايه لصيانة الانفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدما عليها ومحاسن أجزيتها محاسن الحدود والجناية فى اللغة اسم لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا أنه فى الشرع خص بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثانى يسمى قطعا وجرحا وسببها سبب الحدود وشرطها كون المحل حيوانا قال (القتل على خمسة أوجه) القتل الذى يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان ارث خمسة أوجه وذلك لانا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شئ من الاحكام المذكورة

(كتاب الجنايات)

(قوله والجناية فى اللغة اسم لما يكتسب من الشر) أقول الفقه يبحث عن أفعال المكلفين فلو أريد المعنى المصدرى بالجناية لكان أنسب وجمعها لجمع الطهارات

قال (فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار) لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه

خمسة كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم ونظير هذا ما قاله محمد في كتاب الايمان الايمان ثلاثة ولم يرد به جنس الايمان لانها أكثر من ثلاثة يمين بالله ويمين بالطلاق ويمين بالعتاق والحج والعمرة وانما أراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى أقول فيما قالوا نظر اذ الظاهر أن شيأ من أنواع القتل لا يخرج من الاوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الاوجه فان ما ذكروا من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا أو رجما أو قطع الطريق يكون قتل عمد ان تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح وما أجرى مجرى السلاح ويكون شبه عمد ان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح ويكون خطأ ان لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطا الى غير ذلك من الاوجه المذكورة وانما تكون تلك الانواع المباحة من القتل خارجة من الاحكام المذكورة لهذه الاوجه الخمسة لا من نفس هذه الاوجه الخمسة فلا معنى للقول بان أنواع القتل أكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الانواع من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة للقتل لا من أنفس هذه الاوجه وحكم الشئ ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شئ مشروطا بشروط ألا يرى أنهم جعلوا وجوب القود من أحكام القتل العمد مع أن له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغا اذ لا يجب القود على المجنون والصبي أصلا ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمدا لا يجب عليه القصاص وكذا لو قتلت الام ولدها وكذا الجد والجدة ومنها أن لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة أصلا ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح بذلك كله في عامة المعتبرات فكذا كون القتل بغير حق شرط الترتب كل من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة من القتل وليس شئ مما ذكروا من الانواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق فدخولها في نفس أوجه القتل دون الاحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون القتيل معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شئ فالاظهر أن مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو أحوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنايات ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل وان كان الاوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك (قوله فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح) قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه أي ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى أقول يرد عليه النقض بمسئلة ذكرت في المحيط نقلا عن المنتقى وهي أنه اذا تعمد أن يضرب يد رجل فاخطأ فأصاب عنق ذلك الرجل فابان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان أصاب عنق غيره فهو خطأ وجه الورود أنه لم يتعمد في الصورة الاولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده مع أنه جعل ضربه به القتل العمد وأجرى عليه حكم قتل النفس وهو القود تامل (قوله لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك) أقول فيه بحث وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما اذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطا كما اذا رمى شخصا بسهم أو ضربه بسيف يظنه صيدا فاذا هو آدمي أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وهذا من نوع الخطا في القصد وكما اذا رمى غرضا بآلة قاتلة فأصاب آدميا وهذا من نوع الخطا في الفعل فان استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلا على القصد قد تحقق هنالك أيضا مع أنه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه قاطبة

يكفر ويمين لا يكفر ويمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها (قوله فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح) أي في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب أي قشره ولم يشترط في المغني

وقال صاحب النهاية رحمه الله لا يخلو اما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما أن كان به قصد القتل أولا فان كان فهو العمد وان لم يكن فهو الخطا وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما أن كان معه قصد التاديب والضرب أولا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما أن كان جاريا مجرى الخطا أم لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بالسبب وبهذا الانحصار تعرف أيضا تفسير كل واحد منها وضعفه ور كا كته ظاهران وقوله (أو ما أجرى مجرى السلاح)

(قوله لا يخلو اما أن حصل بسلاح) أقول أو ما أجرى مجراه (قوله وان لم يكن فهو الخطا) أقول قد يكون القتل الخطأ بغير سلاح كما اذا رمى صيدا بحجر أو خشبة فاصاب رجلا فقتله (قوله فان كان فهو شبه العمد) أقول شبه العمد لا يلزم أن يكون على قصد التاديب بل قد يكون على قصد القتل وجوابه أن ذلك بالنظر الى الآلة (قوله فان كان فهو هو) أقول هذا تعريف الشئ بنفسه ظاهرا (قال المصنف فالعمد ما تعمد ضربه) أقول أي ضرب المقتول فيخرج العمد فيما دون النفس (قال المصنف والنار) أقول ينبغي أن

عند

عند ذلك (وموجب ذلك المأثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة

فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لا استعمالها مطلقا ففيما اذا رمى غرضا فاصاب آدميا لم يكن استعمالها لضرب الآدمي بل كان لغرض آخر قلت هذا التاويل انما يفيد في نوع الخطا في الفعل دون نوع الخطا في القصد فان استعمالها فيه أيضا لضرب المقتول لكن الخطا في وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمي لا استعمالها لضربه مطلقا وفي نوع الخطا في القصد لم تتحقق الحيثية المذكورة قلت كون الاستعمال من هذه الحيثية أمر مضمر راجع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي لم يذكر في التعليل المزبور ثم انه لو كان مدار كون القتل عمدا مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من أصحاب المتون القتل العمد ضربه قصدا بما يفرق الاجزاء كسلاح ومحدد من خشب أو حجر أو ليطة أو نار وجه اذ يلزم اذ ذاك أن يكون قيد قصدا زائدا بل لغوا لعدم الوقوف عليه بالغرض الا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضربه بما يفرق الاجزاء فيكفي ذكره بل لما كان لقيد تعمد في الكتاب أيضا في قوله فالعمد ما تعمد ضربه وجه بل كان ينبغي أن يقال فالعمد ما ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح فتدبر (قوله وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية) أقول لقائل أن يقول الدليل خاص والمدعى عام لان ايجاب القتل العمد المأثم والقود يعم المسلم والذمي لما سيجيء من أن المسلم يقاد بالذمي عندنا ولا شك أن وجوب القود لا ينفك عن لزوم المأثم والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا أن يقال الآية المذكورة وان أفادت المأثم في قتل المؤمن عمدا فقط بعبارتها الا أنها تفيد المأثم في قتل الذمي عمدا أيضا بدلالتها بناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذمي نظرا الى التكليف أو الدار كما سياتي تفصيله فان قيل بقي خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد في النار وان ارتكب كبيرة ولم يتب فالظاهر أن المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل بدلالة خالدا فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية قلنا لا نسلم ظهور كون المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير فلا ينافي التعميم مذهب أهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير أيضا

الحدة اذا كانت الآلة من الحديد فقال العمد ما يتعمد الانسان قتل من لا يحل قتله بالحديد سواء كان سلاحا نحو السيف والسكين أو لم يكن سلاحا نحو الابرة وسواء له حدة تبضع بضعا أو ليس له حدة يرض رضا كالعمود وصنجة الميزان وسواء كان الغالب عنه الهلاك أو لم يكن فبهذا تبين لك ان العبرة في الباب للحديد هذا كله على رواية الاصل وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة رحمه الله انه اذا قتله بصنجة حديد أو عمود لا حدة له فهو ليس بعمد محض حتى لا يجب القصاص بل هو خطأ عمد وعلى قولهما ان كان الغالب منه الهلاك فهو عمد محض يوجب القصاص وان لم يكن الغالب منه الهلاك لا يكون عمدا محضا وما لم يكن من جنس الحديد ان عمل عمل الحديد في البضع وتفريق الاجزاء فهو عمد محض يجب القصاص فيه وذلك نحو الاحراق بالنار ألا ترى انها تعمل عمل الحديد في الذكاة حتى انها اذا وضعت في المذبح فقطعت ما يجب قطعه في الذكاة وسال بها الدم حل فان انحسم ولم يسل الدم لا يحل وذكر في فتاوى قاضيخان وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص (قوله وقد نطق به غير واحد من السنة) أي كثير من السنن منها ما قال عليه السلام في خطبته بعرفات الا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا ومنها ما روي عنه عليه السلام انه قال لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم وقال عليه السلام سباب

يعني في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب وهي قشره وقد تقدم وقوله (وقد نطق به غير واحد من السنة) منها ما قال عليه الصلاة والسلام في خطبته بعرفات ألا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم

يكون من قبيل علفتها تبنا وماء باردا اذ الواقع في صورة النار هو الالقاء فيها لا الضرب بها (قال المصنف وموجب ذلك المأثم) أقول قال الاتقاني قال قاضيخان في فتاواه وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص وقال في الاجناس ذكر في الشرح الكبير لابي جعفر الطحاوي انه لا قصاص في العمود من الحديد لانه لا يجرحه انتهى وسيجيء من المصنف في الباب الذي يليه أن الاصح رواية الطحاوي (قال المصنف لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الآية) أقول لا يقال ذلك في المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية لانه لو لم يكن حراما لم يكن حال مستحله كذلك والحرام موجبه المأثم

وقوله (والقود) يعنى القصاص معطوف على قوله المأثم أى موجب القتل العمد الاثم فى الآخرة والقصاص فى الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر الآية وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطا لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أى موجبه والحديث مشهور ولان الجناية بها أى بالعمدية تتكامل وقوله (لاشرع لها دون ذلك) أى لاشرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقريره أن العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل وقوله (والعقوبة المتناهية الخ) حجة أخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون العمدية وذلك ظاهر وقوله (ثم هو) يعنى القود

قال (والقود) لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أى موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون ذلك قال (الا أن يعفو الاولياء أو يصالحوا) لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولى أخذ الدية الا

فالآية دالة على عظم تلك الجناية وتحقق الاثم فى قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال أيضا والمالزم من استحلاله الخلود فى النار (قوله والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أى موجبه) يعنى أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أينما وجد القتل ولا يفصل بين العمد والخطا الا أنه تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذى تلقته الامة بالقبول وهو قوله عليه السلام العمد قود أى موجبه قود كذا فى الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفى ماعداه لانا نقول لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى أقول سؤاله ظاهر الورود ينبغى أن يخطر ببال كل ذى فطرة سليمة ولكن لم أر أحدا سواه حام حول ذكره وأما جوابه فمنظور فيه عندى لجواز أن يكون سئل النبى عليه السلام عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه السلام العمد قود جوابا عن سؤالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله تعالى بالحديث المذكور تفكر (قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون ذلك) أقول جعل صاحب العناية قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامة وجعل قوله والعقوبة

المسلم فسق وقتاله كفر وهذا وان كان تأويله قتاله لاسلامه فظاهره يدل على عظم الجناية فى قتل المسلم ولهذا كان ابن عباس رضى الله عنه لا يرى التوبة لقاتل العمد وان لم نأخذ بقوله (قوله والقود) معطوف على قوله المأثم (قوله الا انه تقيد بوصف العمدية) أى قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى لظاهره يوجب القول بالقصاص أينما وجد القتل باى وجه وجد لكن السنة المشهورة وهو قوله عليه السلام العمد قود يدل على ان حكم القصاص مخصوص بالقتل العمد لان خبر الواحد لما صلح مبينا لمجمل الكتاب كما فى بيان قدر المسح فاولى ان تصلح السنة المشهورة التى تلقتها الامة بالقبول مبينة لما سكت عنه الكتاب لا يقال بان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفى ماعداه لانا نقول لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة بخلاف قوله تعالى من فتياتكم المؤمنات لان هناك وان لم يوجب التخصيص عندنا فذكر المؤمنات لا يخلو عن الفائدة وهى الاستحباب فان الاستحباب منحصرة فى المؤمنات بالاتفاق ولان فى الكتاب أيضا دلالة على ان المراد من القتل المذكور فى آية القصاص هو القتل العمد لانه أوجب الدية فى القتل الخطأ على ما قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة ولا يصلح ان يكون القتل العمد موجبا دية وقصاصا فلابد ان يحمل كل واحد منهما على حالة فلما اختص ما يوجب الدية بالقتل الخطا فى النص القطعى كان ما يوجب القصاص غير الخطا لا محالة وهو العمد وما يسقط فيه القصاص يسقط لشبهة فى العمدية وهو شبه العمد وغيره (قوله لاشرع لها دون ذلك) أى دون تكامل الجناية وانها تتكامل بالعمدية (قوله ثم هو) أى القود واجب عينا وليس للولى أخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولى الشافعى رحمه الله أى وجوب القصاص عينا احد قولى الشافعى رحمه الله الا ان له العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه كمن اصابته مخمصة فبذل له انسان طعاما بثمن المثل لزمه الشراء لانه مال ما يحيى به نفسه بعوض يعدله فعلى هذا

(قال المصنف والقود) أقول بفتح الواو أى القصاص ويسمى قودا لانهم يقودون الجانى بحبل أو غيره قاله الازهرى (قوله لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه بحث فان الاطلاق والتقييد اذا دخلا على السبب نحو أدوا صدقة الفطر عن كل حر وعبد وأدوا عن كل حر وعبد من المؤمنين لم يحمل المطلق على المقيد عندنا بل يجب العمل بكل منهما اذلا تنافى فى الاسباب على ما فصل فى كتب الاصول فكيف يتقيد القتل المذكور فى الآية بوصف العمدية بالحديث ولعل الاولى أن يقال غير العمد من القتل قاصر فى كونه قتلا فلا يتناوله المطلق لانه ينصرف الى الكامل وموضعه الاصول أيضا (قوله والعقوبة المتناهية حجة أخرى) أقول فيه بحث

وقوله (وهذا لانه تعين مدفعا للهلاك) يعنى لان للقاتل فى الامتناع من أداء الدية بعد ما استحقت نفسه قصاصا اسفه ويلقى نفسه فى التهلكة فيجبر عليه ويمنع عنه شرعا (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى ووجه التمسك به أن الله تعالى ذكر فى الخطا الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطا وهو العمد ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا تلزم الزيادة على النص بالرأى ووجه التمسك بالسنة أن الالف واللام فى قوله العمد قود للجنس اذ لا معهود ينصرف اليه ففيه تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك فمن عدل عنه الى غيره زاد على النص أو ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله العمد قود ولا مال فيه الى ذلك ووجه المعقول أن المال لا يصلح موجبا فى القتل العمد لعدم المماثلة لان الآدمى مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فانى يتماثلان بخلاف القصاص فانه يصلح موجبا للتماثل وفيه زيادة حكمة وهى مصلحة الاحياء زجرا للغير عن وقوعه فيه وجبرا للورثة فيتعين فان قيل فكيف صلح موجبا فى الخطا والفائت فيه مثل الفائت فى العمد أجاب بقوله وفى الخطا وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار فانه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال والآدمى مكرم لا يجب اهدار دمه على أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس والعمد

برضا القاتل وهو أحد قولى الشافعى الا أن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفى قول الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفى كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفى الخطا وجوب المال

المتناهية لاشرع لها دون ذلك حجة أخرى فقال فى تقرير الاولى وتقريرها أن العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما كان يتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل وقال فى تقرير الاخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون العمدية وذلك ظاهر انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان صحة الحكم بان العقوبة المتناهية لاشرع لها دون العمدية موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية اذ لو كانت باقية على اطلاقها لتناولت العمد وشبهه والخطأ فلزم أن يكون القصاص الذى هو عقوبة كاملة مشروعا دون العمدية أيضا بمقتضى اطلاقها وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعى ههنا فعلى تقدير أن يكون قوله والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون ذلك حجة أخرى يلزم المصادرة على المطلوب وأيضا يلزم حينئذ أن لا يفيد المدعى ما جعله حجة أولى لان نتيجتها على مقتضى تقريره أن العمدية كانت حكمة الزجر عليها أكمل ولا يلزم منها أن لا تتحقق حكمة الزجر فى غير العمد أصلا فيجوز أن يجب القصاص فى غير العمد أيضا زجرا عنه فلا يتم المطلوب فالصواب أن قوله والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون ذلك من تتمة ما قبله والمجموع حجة واحدة وان لفظ ذلك فى قوله لاشرع لها دون ذلك اشارة الى تكامل الجناية كما ذهب اليه كثير من الشراح أو الى توفر حكمة الزجر كما هو الاظهر والاقرب لا الى العمدية كما زعمه صاحب العناية فيفيد مجموع المقدمات أن القود الذى هو عقوبة متناهية لا يجب فى غير العمد كما لا يخفى على ذى مسكة ثم أقول بقى فى كلام المصنف ههنا شئ وهو أنه قد تقرر فى كتب الاصول أن مرجع الادلة العقلية المذكورة فى علم الفقه بأسرها الى القياس وبهذا صححوا انحصار الادلة الشرعية فى أربعة وهى الكتاب

اذا عفا الولى عن القصاص يسقط حق الولى وكذا اذا مات القاتل يسقط حق الولى وفى قوله الآخر الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره فعلى هذا لو عفا الولى عن القصاص كان له المطالبة بالدية وكذلك اذا مات كان له حق استيفاء الدية لكونها موجبا أصليا ولو صالح على أكثر من الدية من جنسها فلا يصح لانه يصير ربا ويصح على القول الاول (قوله لان حق العبد شرع جابرا لحاجة العبد الى الجبر حين تحقق نقصان فى حقه وفى كل واحد نوع جبر) أى لحق المقتول بما فات عليه فان المقتول ينتفع بالدية من حيث قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه وتجهيزه وتكفينه أو لحق الولى لانه ينتفع به لولى الذى كان ينتفع بالمقتول وفى القصاص نوع جبر أيضا لمعنى الانتقام وتشفى الصدور (قوله ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة) وهذا لانه لا مماثلة بين الآدمى والمال لا صورة ولا معنى فالآدمى خلق لتحمل امانة الله تعالى والاشتغال بعبادته والمال خلق لاقامة مصالحه وهو مملوك الآدمى والآدمى مالكه فانى يتشابهان وانما التماثل فى القصاص فالنفس بالنفس والقتل بالقتل (قوله وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فاما زجرا فان من قصد قتل عدوه فاذا تفكر فى عاقبة امره انه اذا قتل قتل به انزجر عن قتله فكان حياة لهما) أى ابقاء لهما على الحياة واما جبرا فلانه اذا قتل به سلم

(قال المصنف الا أن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل) أقول يجوز العدول الى المال من غير مرضاة القاتل مراعاة لحق من له القصاص عندنا أيضا كما ذكره صاحب الكفاية فى مسئلة قتل المكاتب الذى لم يترك وفاء فى الباب الذى يلى هذا ولا يرد نقضا علينا لما نشير الى دفع ذلك النقض فيما سيجيء فى باب ما يوجب القصاص فى مسئلة قتل المكاتب (قال المصنف ولنا ما تلونا من الكتاب من قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى) أقول قال القاضى فى تفسيره احتجت الحنفية به على أن مقتضى العمد القود وحده وهو ضعيف اذ الواجب على التخيير يصدق عليه أنه واجب وكتب ولذلك قيل التخيير بين الواجب وغيره ليس نسخا لوجوبه انتهى والمذهب عند الحنفية أنه نسخ وموضع بيانه أصول الفقه

ليس فى معناه حتى يلحق به وقوله (ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد أخذ المال) جواب عن قوله لانه تعين مدفعا للهلاك وذلك لجواز أن يأخذ الولى المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قيل هذا الوهم موجود فيما اذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأجيب بان فى الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعورض بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان أحبوا اقتلوا وان أحبوا أخذوا الدية وبان الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفى صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولى وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ماذكرنا وأن القصاص لمعنى النظر للولى على وجه خاص وهو الانتقام وتشفى الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية من افناء

ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك

والسنة واجماع الامة والقياس فقول المصنف ههنا ولان الجناية بها تتكامل الخ راجع الى القياس وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لاطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما عرف فى علم الاصول فليتامل (قوله ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك) يعنى لا يتيقن بعدم قصد الولى لقتل القاتل بعد ما أخذ الدية لجواز أن يأخذها الولى من القاتل بدون رضاه ثم يقتله وهذا جواب عن قول الشافعى لانه تعين مدفعا للهلاك كذا فى الشروح أقول للخصم أن يقول لاشك أنه يتعين مدفعا للهلاك شرعا فان القاتل يصير محقون الدم بعده حتى لو قتله الولى بعده يقتص منه وكونه مدفعا للهلاك شرعا يكفى لاخذ الدية من القاتل بدون رضاه اذ الظاهر أن القاتل لا يختار الهلاك المقرر عند تحقق الخلاص عنه شرعا باداء المال بمجرد احتمال الهلاك عقلا بعد أداء ذلك أيضا فلو اختاره القاتل وامتنع عن أداء المال بعد ذلك سفها والقاء لنفسه فى التهلكة فينبغى أن يحجر عليه ثم أقول لعل الاولى فى الجواب عن قول الشافعى لانه تعين مدفعا للهلاك أن يقال هذا تعليل فى مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما تقرر فى علم الاصول قال فى العناية أخذا من النهاية قيل هذا الوهم موجود فيما اذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأجيب بان فى الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث لان رضا القاتل لا يفيد ورضا الولى موجود فى محل النزاع والاولى أن يكتفى فى الجواب بقوله ان فى الصلح المراضاة اذ لا مانع من الاخذ فيه بعد ما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه انتهى أقول بحثه ساقط لان قوله لان رضا القاتل لا يفيد غير مسلم فان رضاه اذا اجتمع مع رضا الولى يفيد أمرا زائدا على رضا الولى وحده فان التصالح والتوافق من

الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة وعن هذا قال الله تبارك وتعالى والصلح خير بخلاف رضا الولى وحده فان الانسان كثيرا ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المجيب والقتل بعده ظاهر العدم وقد كان صاحب النهاية أشار الى ما قلنا حيث قال فى بسط الجواب المذكور قلت لا كذلك لانهما لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفعا لان للتراضى والتصالح تأثيرا فى دفع الشر قال الله تعالى والصلح خير ولما ورد الخير انتفى الشر لا محالة للتضاد بينهما انتهى ثم قال فى العناية وعورض بقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان أحبوا اقتلوا وان أحبوا أخذوا الدية وبان الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفى صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولى وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ماذكرنا وان القصاص لمعنى النظر للولى على وجه خاص وهو الانتقام وتشفى الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية من افناء قبيلة بواحد لانهم كانوا يأخذون أموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه وأمثاله ما رضى به أولياء المقتول فكان ايجاب المال فى مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص انتهى أقول فيه نظر اذ للخصم أن يقول انما يكون ايجاب المال فى مقابلة القتل العمد تضييعا لحكمة القصاص أن لو كان ايجابه فى مقابلته على وجه التعيين وأما اذا كان ذلك لا على وجه التعيين بل على وجه تخيير الولى بين أخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند الخصم فلا تضييع لحكمة القصاص اذ للولى حينئذ القدرة على الانتقام وتشفى الصدور باختيار القصاص فاذا لم يختره بل اختار المال كان تاركا للانتقام باختياره فكان كما اذا عفا أو صالح فى اسقاط ما قدر عليه من حقه (قوله ولنا أنه كبيرة محضة وفى الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها) قال تاج الشريعة فان قلت يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضة ومع هذا تجب فيه الكفارة قلت هو جناية على المحل ولهذا لو اشترك حلالان فى قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد ولو كان جناية الفعل لوجب جزا آن والجناية على المحل يستوى فيه العمد والخطأ انتهى أقول فى الجواب بحث أما أولا فلانه لا يدفع السؤال المذكور لان مورد مضمون الدليل المزبور وهو أن الكفارة لا تناط بما هو كبيرة محضة لا أصل المدعى وهو أنه لا كفارة فى القتل العمد فاذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم أن يشكل الدليل المزبور به سواء كان جناية الفعل أو جناية المحل وكون الجناية على المحل يستوى فيه العمد والخطأ انما يفيد لو أورد السؤال على أصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه حينئذ بان ما قلناه فى جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى وأما ثانيا فلانه قد تقرر فى كتب أصول الفقه أن الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا فلو كان قتل صيد الحرم جناية على المحل لا جناية الفعل لزم أن لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا

حياة الاولياء فان القاتل يصير حربا على اولياء القتيل خوفا على نفسه منهم فهو يقصد افناءهم لازالة الخوف عن نفسه فالشرع مكنهم من قتله قصاصا دفعا لشره عن انفسهم واحياء الحى فى دفع سبب الهلاك عنه ولما كان فيه حياة من الوجه الذى قلنا صلح جابرا لان الفائت بالقتل حياة والحاصل بالقصاص حياة مثل الاول وانما يجب ضمان الجبر بقدر الامكان ولا امكان فى جبر الحياة باكثر من هذا ولانه لما قتل الولى القاتل حصل له التشفى فكان ذلك جبر المافات منه من حياة المقتول فاما المال فليس فيه شئ من معنى الجبر وانما وجبت الدية فى الخطأ بخلاف القياس لان القتل اعظم العقوبات والخاطئ معذور فيتعذر ايجاب المثل عليه ونفس المقتول محترمة لا تسقط حرمتها بعذر الخطا فوجب المال صيانة للدم عن الهدر منه على القاتل بان سلمت له نفسه وللقتيل بان لم يهدر دمه وشرع المال عند عدم الامكان لا يدل على شرعه عند الامكان (قوله ولا يتيقن بعدم قصد الولى) أى بقتل القاتل بعد ما أخذ الدية يعنى يجوز أن يأخذ الولى المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله وهذا جواب عن قول الشافعى رحمه الله لانه تعين مدفعا للهلاك (قوله لان الحاجة الى التكفير فى العمد أمس) وذلك لان الكفارة شرعت ماحية للاثم والاثم فى العمد أكبر فكان أدعى الى ايجاب الكفارة (قوله وفى الكفارة معنى العبادة) بدليل ان للصوم فيه مدخلا (قوله فلا يناط بمثلها) لان الحكم نتيجة السبب فيراعى التناسب بينهما فلا تجب الا بسبب دائر بين الحظر والاباحة كالخطا فانه بالنظر الى أصل الفعل مباح وبالنظر الى المحل الذى اصابه محظور والكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة فتجب بمثله ولا تجب بالقتل العمد لانه محظور كما لا تجب بالمباح المحض وهو القتل بحق كالقصاص وانما تجب بسبب دائر بين العبادة والعقوبة لتنسب العقوبة الى جانب الحظر والعبادة الى جانب الاباحة

قبيلة بواحد لانهم كانوا يأخذون أموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه

(قوله جواب عن قوله لانه تعين مدفعا للهلاك) أقول فيه أنه مدفع للهلاك الشرعى بلا شبهة وذلك يكفى لغرض الشافعى لان المراد هو كونه مدفعا شرعيا للهلاك الشرعى والقتل المستحق فان القاتل يكون محقون الدم بعده اذا قتله أحد الولى أو غيره يقتص فليتامل (قوله وذلك لجواز أن يأخذ الولى المال من القاتل بدون رضاه) أقول ضمير رضاه راجع الى الولى (قوله قيل هذا الوهم موجود فيما اذا أخذ المال صلحا وقد جاز) أقول جواز الصلح عن دم العمد يثبت بالنص كما تقدم فى كتاب الصلح مع أن ماذكره كلام على السند بما لا يفيد شيئا (قوله وأجيب بان فى الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم) أقول فيه بحث لان رضا القاتل لا يفيد ورضا الولى موجود فى محل النزاع والاولى أن يكتفى فى الجواب بقوله ان فى الصلح المراضاة اذ لا مانع من الاخذ فيه بعد ما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه (قوله والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ماذكرنا) أقول على أنه يجوز أن يكون المراد ثبوت الخيار عند اعطاء القاتل الدية وتخييره لا ينافى رضا الآخر فى غير الواجب وهذا كما يقال للدائن خذ بدينك ان شئت دراهم وان شئت دنانير وان شئت عروضا ومعلوم أنه لا يأخذ غير حقه الا برضا المديون كذا فى شرح الزيلعى وانما لم يلتفت الشارح لهذا الجواب لانه يرد عليه لزوم عدم تعين القصاص لموجبية العمد حيث خير الولى بين القتل وأخذ الدية غايته أن يكون أخذ الدية برضا القاتل وعدم افادته الشافعى لا يفيدنا فان مطلوبنا تعين القصاص لموجبيته تامل قوله (فانه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية) أقول فيه بحث ولا

ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعى رحمه الله تجب لان الحاجة الى التكفير فى العمد أمس منها اليه فى الخطا فكان أدعى الى ايجابها ولنا أنه كبيرة محضة وفى الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها

وأمثاله ما رضى به أولياء المقتول فكان ايجاب المال فى مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص واذا ثبت أن الاصل هو القصاص لم يجز المصير الى غيره بغير ضرورة مثل أن يعفو أحد الاولياء فانه تعذر الاستيفاء حينئذ أو أن يكون محل القصاص ناقصا بان تكون يد قاطع اليد أقل أصبعا وأمثال ذلك وقوله (ولا كفارة فيه عندنا) أى فى القتل العمد سواء وجب فيه القصاص أو لم يجب كالاب اذا قتل ابنه عمدا وعند الشافعى رحمه الله تجب لان الحاجة الى التكفير فى العمد أمس منها اليه فى الخطا لانها لستر الذنب والذنب فى العمد أعظم (ولنا أنه كبيرة محضة) وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضعه أصول الفقه

وقوله (ولان الكفارة) جواب عن قياس الشافعي وهو واضح فان قيل هب أن القياس لا يصح فيلحق دلالة لانهما مثلان في المناط وهو الستر ولا معتبر لصفة العمدية كالمحرم اذا قتل الصيد عمدا فانه كقتله خطأ فالجواب أن المماثلة ممنوعة فان ذنب العمد مما لا يستر به العدم صلاحيته لعلتها كما مر فان قيل قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع أتينا رسول الله صلى الله

عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال أعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبير بن سلمناه لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف قال (وشبه العمد عند أبي حنيفة الخ) اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل فقال أبو حنيفة رحمه الله شبه العمد هو أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجرى مجراه سواء كان الهلاك به غالبا كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار أولم يكن كالعصا الصغيرة وقالا هو أن يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة اذا لم يوال في الضربات فأما اذا والى فيها فقيل شبه عمد عندهما وقيل عمد محض قالا سمي هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمد فيه والا لكان عمدا واقتصاره انما يتصور في استعمال آلة لا يقتل بها غالبا كالعصا الصغيرة فانه يقصد باستعمالها غير القتل كالتأديب ونحوه لا في استعمال آلة لا تلبث فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل وله

ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال (وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح) وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي اذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود

(قوله ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يدل على تعينها لدفع الاعلى) هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ يعني أن تعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الادنى وهو الخطأ لا يدل على تعينها لدفع الذنب الاعلى وهو العمد فان كم من شيء يتحمل الادنى للقدرة عليه ولا يتحمل الاعلى للعجز عنه كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية فان قال الشافعي قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبير بن سلمناه لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف انتهى أقول للخصم أن يقول هذا مشترك الالزام اذ القصاص واجب في القتل العمد بالاجماع فلو اقتضى الفاء أن يكون المذكور بعدها كل الجزاء لزم أن يكون القصاص أيضا مذكورا في الجزاء مع أنه لم يذكر فيه وان حمل الجزاء المذكور في الآية على الجزاء الاخروي فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف وقيل القصاص جزاء دنيوي فلهذا لم يذكر بعد الفاء فليكن الامر كذلك في شأن الكفارة ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بوجهين أحدهما أن وجوب القصاص عرف بآية أخرى وهي قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فان دلت اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على أن القصاص ليس من جزاء القتل العمد كالكفارة بمقتضى كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على وجوب القصاص في القتل العمد وقد تقرر في علم الاصول أن عبارة النص ترجح على اشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وثانيهما أن

(قوله وتعينها في الشرع لدفع الادنى) أي تعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الادنى أي في الخطا لا تعينها لدفع الذنب الاعلى أي في العمد وهذا جواب عن قياس الشافعي حيث قاس وجوب الكفارة في العمد على وجوب الكفارة في الخطا (قوله وشبه العمد) سمي به لان في هذا الفعل معنيين معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل الى الضرب والى ارتكاب ما هو محرم عليه ومعنى الخطا باعتبار انعدام قصد القتل بالنظر الى الآلة التي استعملها اذ هي آلة الضرب للتاديب دون القتل وانما يقصد الى كل فعل بآلته فكان ذلك خطأ يشبه العمد صورة من حيث انه كان قاصدا الى الضرب والى ارتكاب ما هو محرم عليه كذا في المبسوط وشبه العمد محقق عندنا وعند الشافعي رحمه الله خلافا لمالك رحمه الله ثم اختلفوا

(قوله قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الخ) أقول ذكر في الكتب الكلامية أن المراد هو المستحل لان المؤمن بارتكاب الكبيرة لا يخلد في النار ولك أن تقول أريد بالخلود المكث الطويل والله تعالى أعلم بمراده

وله قوله عليه السلام ألا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة

القصاص جزاء المحل من وجه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب الاصول وأما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه على ما تقرر في كتب الاصول أيضا والظاهر من الجزاء المضاف الى الفاعل في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها هو جزاء فعله من كل الوجوه فلا يلزم أن يكون القصاص مذكورا فيه بخلاف الكفارة لو أوجبناها وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا نقلا عن المبسوط والاسرار ولا وجه لحمل الآية على المستحل لان المذكور في الآية جزاء القتل العمد واذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخا وأما تاويل الخلود فعلى معنى أنه لو عامله بعدله أو على معنى تطويل المدة مجازا يقال خلد فلان في السجن اذا طالت المدة انتهى أقول ليس شيء من ذينك الدليلين المسوقين لعدم وجه حمل الآية المذكورة على المستحل بمستقيم أما الاول منهما فلان كون المذكور في هاتيك الآية جزاء قتل العمل مما لا ينافيه كونه جزاء الردة أيضا على تقدير حملها على المستحل اذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال والعياذ بالله ولا شك أن القتل بهذا الطريق مستلزم للردة في الآية اذ ذاك بيان جزاء الردة التي سببها القتل المخصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمنا متعمدا دون من يرتد عن دين الاسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد الذي جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى لطيف لا يخفى وأما الثاني منهما فلانه لا يلزم من حمل الآية المزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ مدلول نفس الشرط المنصوص بان يكون المراد من متعمدا معنى مستحلا مجازا بقرينة ذكر الخلود في الجزاء كما أن أئمتنا حملوا متعمدا على هذا المعنى في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ترك الصلاة متعمدا فقد كفر وبان يكون معنى من يقتل مؤمنا من يقتله لكونه مؤمنا كما ذكره العلامة التفتازاني في شرحه للعقائد فيكون مداره على قاعدة أن ترتيب الحكم على المشتق يقتضي علية المأخذ ولا شك أن قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضي استحلال قتله فيحصل الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ أصلا والعجب من هؤلاء الاجلاء وهم أصحاب المبسوط والاسرار والنهاية ومعراج الدراية انه كيف خفي عليهم ما ذكرنا قال القاضي البيضاوي في تفسير الآية المذكورة وهو عندنا اما مخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده أنه نزل في مقيس بن حبابة وجد أخاه هشاما قتيلا في بني النجار ولم يظهر قاتله فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يدفعوا اليه ديته فدفعوا ثم حمل على مسلم فقتله ورجع الى مكة مرتدا أو المراد بالخلود المكث الطويل فان الدلائل متظاهرة على أن عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم الى هنا لفظ القاضي

في تفسيره فقال أبو حنيفة رحمه الله شبه العمد اذا تعمد ضربه بما ليس بموضوع للقتل كحجر الرحى ومثله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تعمد ضربه بما يلبث فهو شبه عمد وقال الشافعي رحمه الله اذا تعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا وبيانه انه اذا ضرب عمدا سوطا أو سوطين فمات فهو شبه عمد بالاتفاق اما عند أبي حنيفة رحمه الله لانه ليس بموضوع للقتل وأما عندهما فلانه ليس مما لا يلبث وأما عند الشافعي فلانه لا يقتل به غالبا واذا ضرب بسوط صغير ووالى حتى مات فانه شبه عمد عندنا اما عند أبي حنيفة رحمه الله فلانه ليس بموضوع للقتل واما عندهما فلانه مما يلبث وعند الشافعي رحمه الله عمد لانه مما يقتل به غالبا (قوله قتيل السوط والعصا) ذكر السوط والعصا مطلقا فيتناول الصغير والكبير ولا يقال بان العادة في العصا جارية في استعمال الصغير لانا نقول العادة مشتركة فان من الناس من ياخذ الصغير ومنهم من ياخذ الكبير فلا يصلح مقيدا لاطلاق النص (قوله وبه يحصل القتل غالبا) أي بالاستعمال على غرة من المقصود

ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم ألا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل رواه النعمان بن بشير رضي الله عنه ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام جعل قتيل السوط والعصا مطلقا شبه عمد فتخصيصه بالصغيرة ابطال للاطلاق وهو لا يجوز ولان العصا الكبيرة والصغيرة تساويا في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له اذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبالاستعمال

(قال المصنف وله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا الحديث) أقول قال ابن العز الحديث حجة عليه لانه

قال (وموجب ذلك على القولين الاثم) لانه قتل وهو قاصد فى الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطا (والدية مغلظة على العاقلة) والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطا وتجب فى ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضى الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى (و يتعلق به حرمان الميراث)

(قوله وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد فى الضرب والكفارة لشبهه بالخطا) أقول الظاهر المتبادر من قوله لشبهه بالخطا قياس وجوب الكفارة فى شبه العمد على وجوبها فى الخطا أو الحاق وجوبها فى شبه العمد دلالة بوجوبها فى الخطا وأياما كان يرد عليه أن يقال ان تعينها لدفع الذنب الادنى فى الشرع لا يعينها لدفع الذنب الاعلى كما سبق فى الجواب عن قياس الشافعى وجوب الكفارة فى العمد على وجوبها فى الخطا اذ لاشك أن شبه العمد أيضا أعلى ذنبا من الخطا المحض فان الجانى فى الاول قاصد فى الضرب بخلاف الثانى وعن هذا قالوا فى الاول وموجبه المأثم وفى الثانى ولا اثم فيه فالاولى فى بيان وجوب الكفارة فى شبه العمد ماذكره صاحب الكافى حيث قال والكفارة لانه خطا نظرا الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة الآية انتهى (قوله والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطا) أقول مدلول قوله اعتبارا بالخطا أن يكون الاصل فى وجوب الدية على العاقلة هو الخطا وأن يكون وجوبها عليهم فى شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطا وليس ذلك بواضح اذ المصنف قال فى أوائل كتاب المعاقل والاصل فى وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام فى حديث حمل بن مالك رضى الله عنه للاولياء قوموا فدوه انتهى وقد كانت الجناية فى حديث حمل بن مالك شبه عمد لا خطا فان تفصيله على ماذكره الشراح قاطبة فى فصل الجنين من كتاب الديات أنه روى عن حمل بن مالك قال كنت بين ضرتين فضربت احداهما الاخرى بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال أخوها أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثله يطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان وفى رواية دعنى وأراجيز العرب قوموا فدوه وهكذا ذكر فى المبسوط أيضا ولا ريب أن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ماذكروا فى تفصيل ذلك فى الحديث انما كان بجناية شبه العمد دون الخطا فكان وجوب الدية على العاقلة فى شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس وكان الاصل فى هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطا فتامل (قوله ومالك رحمه الله تعالى وان أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه) قال جمهور الشراح أراد به قوله عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف فى مثله أن يقول ماروينا وقال والحق أن يقال انما قال أسلفناه نظرا الى الحديث والمعنى المعقول انتهى أقول فيه كلام وهو أن حاصل المعنى المعقول على ماقرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصا الكبيرة على العصا الصغيرة فى كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له ومالك منكر كون القتل بالعصا الصغيرة أيضا شبه عمد فانه قال لا أدرى

بالقتل يحصل القتل غالبا ولا يحصل ذلك الا بآلة موضوعة للقتل كالسيف والسكين (قوله وموجب ذلك على القولين الاثم) أى موجب ما هو شبه العمد على حسب اختلاف القولين فى صورته الاثم والكفارة لشبهه بالخطا نظرا الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا الآية وقال صاحب الايضاح وجدت فى كتب أصحابنا ان لا كفارة فى شبه العمد عند أبى حنيفة رحمه الله لان الاثم كامل متناه وتناهيه يمنع شرع الكفارة والصحيح انه يجب فقد ذكر الطحاوى والجصاص وغيرهما ان الكفارة واجبة عند أبى حنيفة رحمه الله (قوله والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء) احترز بقوله ابتداء عن دية وجبت بالصلح فى القتل العمد وعن دية وجبت على الوالد بقتل ولده عمدا لانها لم تجب ابتداء لان الواجب فيه ابتداء القصاص الا انه يسقط بعلة الابوة فوجبت الدية صيانة للدم عن الهدر (و يتعلق به حرمان الميراث) لانه جزاء القتل مباشرة وقد وجد

لانه

على غرة تحصل القتل غالبا واذا تساويا والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة وقوله (وموجب ذلك) أى موجب شبه العمد على القولين يعنى قول أبى حنيفة وقولهما (الاثم لانه قتل وهو قاصد فى الضرب) على مامر من تفسيره (والكفارة لشبهه بالخطا والدية مغلظة على العاقلة والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة) احترز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد ولده عمدا وعن اقرار القاتل بالقتل خطا وقد كان قتله عمدا فان فى هذه الصورة تجب الدية على القاتل فى ماله وقوله (لقضية عمر رضى الله عنه) يعنى ماروى عنه أنه قضى بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين والمروى عنه كالمروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه مما لا يعرف بالرأى

العصا لا يطلق الا على مالا يقتل غالبا ولا تسمى الخشبة الكبيرة عصا بل جذعا واسطوانة ونحوهما وعملها فوق عمل العصا فلا يلحق به انتهى وجوابه أن العصا الكبيرة اذا ضرب بها عمد عندهما (قال المصنف والكفارة لشبهه بالخطا) أقول وفيه أن تعينها لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى كما

لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر فى سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك وان أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه قال (والخطأ على نوعين خطأ فى القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمى أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ فى الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وهى عاقلته

ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطا اذ لا واسطة بينهما فى سائر الافعال فكذا فى هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه (قوله والخطا على نوعين خطا فى القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمى أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطا فى الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا) أقول فى عبارة الكتاب ههنا تسامح فانه قال فى تفسير الخطا فى القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا الخ وقال فى تفسير الخطا فى الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى أن كل واحد من نوعى الخطا غير منحصر بماذكره فى تفسيره بل الذى ذكره فى تفسير كل واحد منهما جزئى من جزئياته فكان أخص منه جدا فلم يصلح لان يكون تفسيرا له فكان الظاهر أن يقال فى كل واحد منهما وهو نحو أن يرمى أو هو كأن يرمى اشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفى الخطا قصدا كرميه مسلما ظنه صيدا أو حربيا وفعلا كرميه غرضا فاصاب آدميا انتهى ثم ان صدر الشريعة قال فى شرح الوقاية الخطا ضربان خطا فى القصد وخطا فى الفعل فالخطا فى الفعل أن يقصد فعلا فصدر منه فعل آخر كما اذا رمى الغرض فاخطا وأصاب غيره والخطا فى القصد أن لا يكون الخطا فى الفعل وانما يكون الخطا فى قصده فانه قصد بهذا الفعل حربيا لكن أخطا فى ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال من قال الخطأ فى الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذى قصده بل يصدر فعل آخر فكأنه زعم أنه شرط فى الخطا فى الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذى قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك فانه اذا رمى غرضا فاصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه الى ما وراءه فاصاب رجلا يتحقق الخطا فى الفعل والشرط المذكور مفقود فى الصورتين ثم انه أخطا من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فانه اذا سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطا فى الفعل ولا قصد فيه انتهى أقول كل من وجهى رده ساقط جدا أما الاول فلان صدر الشريعة لم يشترط فى الخطا فى الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذى قصده بل قال فالخطا فى الفعل أن يقصد فعلا فصدر عنه فعل آخر وهذا أعم من أن يصدر عنه الفعل الذى قصده كما صدر عنه فعل آخر ومن أن لا يصدر عنه الفعل الذى قصده مثال الاول ماذكره الراد من الصورتين ومثال الثانى وهو الاكثر وقوعا ماذكره صدر الشريعة بقوله كما اذا رمى الغرض فاخطا بل يجوز أن يكون قوله كما اذا رمى الغرض فاخطا عاما كصورتى صدور ما قصده أيضا وعدم صدوره كما لا يخفى على ذى فطانة وأما الثانى فلان تحقق الخطا فى الفعل فى صورة ان سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا ممنوع بل المتحقق هنالك ما أجرى مجرى الخطا كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لا نفس الخطا اذ لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره وفى صورة ان سقط من يده شئ فقتل رجلا لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختيار فصار لا محالة من قبيل ما أجرى مجرى الخطا والكلام هنا فى نفس الخطا لا فيما أجرى مجرى الخطا فانه قسم آخر من الاقسام الخمسة

وتأثير الشبهة فى درء القصاص لا فى حرمان الميراث (قوله ومالك رحمه الله وان أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه) قال مالك رحمه الله لا أدرى ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطا اذ لا واسطة بينهما فى سائر الافعال كذا فى هذا الفعل ولنا قوله عليه السلام الا أن قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وهو المراد بقوله والحجة عليه ما أسلفناه والصحابة رضى الله عنهم اتفقوا على شبه العمد حيث أوجبوا فيه الدية مغلظة مع اختلاف بينهم فى صفة التغليظ (قوله والخطا على نوعين خطا فى القصد وخطا فى الفعل) وانما انحصر على هذين النوعين لان رميه السهم الى شئ معين بالقصد اليه مشتمل على فعلين فعل القلب وهو القصد وفعل الجارحة وهو الرمى فلو اتصل الخطا بالفعل الاول كان هو النوع الاول ولو اتصل بالفعل الثانى كان هو النوع الثانى

قتيل السوط والعصا الحديث ولكن المعهود من المصنف رحمه الله فى مثله أن يقول ماروينا والحق أن يقال انما قال أسلفنا نظرا الى الحديث والمعنى المعقول قال (والخطا على نوعين) انما انحصر الخطا فى نوعين لان الرمى الى شئ مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو الرمى فان اتصل الخطا بالاول فهو الاول وان اتصل بالثانى فهو الثانى وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله وتجب فى ثلاث سنين لقضية عمر رضى الله عنه

سبق آنفا (قال المصنف والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطا) أقول الاصل فى وجوب الدية على العاقلة حديث حمل بن مالك على ما سيأتى فى المعاقل والقتل فيه كان شبه عمد وفى معراج الدراية روى الطحاوى عن مغيرة بن شعبة أن امرأتين ضربت احداهما الاخرى بعمود فسطاط فقضى عليه الصلاة والسلام عليها بالدية على عصبة القاتلة متفق عليه وهو حديث حمل ابن مالك فى الغرة كما يجئ انتهى فكيف يقاس بالخطا (قوله وقد كان قتله عمدا) أقول بان ظهر ذلك بعد اخذ الدية مثلا (قال المصنف والشبهة تؤثر فى ثبوت القصاص دون حرمان الميراث) أقول صرح المصنف فى آخر الكتاب أن القصاص يجوز أن يثبت مع الشبهة فلابد من التلفيق

(ولا اثم فيه فى الوجهين) أى النوعين لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتى الخطأ الحديث وقوله (ويحرم عن الميراث لأن فيه اثما) بدليل وجوب الكفارة والحرمان يجب بانواع القتل فيما هو جناية قيل على المورث تضمنت تهمة الاستعجال على الميراث وهذا كذلك لاحتمال أنه قصده الا أنه أظهر الخطا من نفسه وقد ذكرنا ذلك فى شرح الرسالة ومختصر الضوء فى الفرائض مستوفى بتاييد الله تعالى

وقوله (بخلاف ما اذا تعمد) متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية وصورة ذلك رجل تعمد أن يضرب يد رجل فاخطأ فاصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود ولو أراد يد رجل فأصاب عنق غيره وأبانه فهو خطا وما أجرى مجرى الخطا مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لان النائم لا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطا الا انه كالخطا فى الاحكام لان المقتول مات بثقله فكانه مات بفعله وقوله (لان الشرع أنزله قاتلا) يعنى فى حق الضمان فكذا فى الكفارة والحرمان ولنا أن الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به وانما ألحق به فى حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقى فى حق غيره على الاصل فان قيل الحافر فى غير ملكه ياثم وما فيه اثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم فى الخطا أجاب بقوله (وهو ان كان ياثم بالحفر فى غير ملكه) أى الاثم الحاصل بالقتل (يصح تعليق الحرمان به) وما ذكرتم ليس كذلك فان اثمه اثم الحفر لا الموت وقوله (وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها) يعنى ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطا (لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة) فان اتلاف النفس لا يقصد الا بالسلاح وما جرى مجراه وأما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به ألا ترى أن فقء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة

فى ثلاث سنين لما بيناه (ولا اثم فيه) يعنى فى الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما فى نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة فى التثبت فى حال الرمى اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى (ويحرم عن الميراث) لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال (وما أجرى مجرى الخطا مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطا فى الشرع وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر فى غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمى الدية على العاقلة) لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية (ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث) وقال الشافعى يلحق بالخطا فى أحكامه لان الشرع أنزله قاتلا ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة فالحق به فى حق الضمان فبقى فى حق غيره على الاصل وهو ان كان ياثم بالحفر فى غير ملكه لا ياثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه (وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها) لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة

للجناية سياتى ذكره مستقلا فيما بعد (قوله ولا اثم فيه يعنى فى الوجهين) أقول كان الاولى للمصنف أن يقول يعنى فى كل واحد من الوجهين اذ يحصل حينئذ اصلاح افراد الضمير أيضا

فلما انحصر فعل الرمى على هذين الفعلين انحصر الخطا المتصل بفعل الرمى أيضا على هذين النوعين ضرورة (قوله فى ثلاث سنين لما بيناه) أى من قضية عمر رضى الله عنه (قوله ولا اثم فيه) يعنى فى الوجهين قالوا المراد اثم القتل أى اثم قصد القتل فاما فى نفسه أى فاما القتل فى نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة فى التثبت وهذا الاثم اثم القتل لان نفس ترك المبالغة فى التثبت ليس باثم وانما يصير به اثما اذا اتصل به القتل فتصير الكفارة لذنب القتل وان لم يكن فيه اثم قصد القتل (قوله فحكمه حكم الخطاء فى الشرع) لكنه دون الخطا حقيقة فانه ليس من أهل القصد اصلا وانما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نومه فى موضع يتوهم ان يصير قاتلا والكفارة فى قتل الخطا انما تجب لترك التحرز أيضا وحرمان الميراث لمباشرته القتل ويتوهم ان يكون متناوما ولم يكن نائما قصدا منه الى استعجال الارث والذى سقط من سطح فوقع على انسان فقتله أو كان فى يده لبنة أو خشبة فسقط من يده ووقع على انسان فقتله أو كان على دابة فاوطاها انسانا فقتله مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لكونه قتلا للمعصوم من غير قصد فكان جاريا مجرى الخطا كذا فى الاوضح (قوله ولنا ان القتل منه معدوم حقيقة) لان مباشرة القتل باتصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد وانما اتصل فعله بالارض وانما الحق التسبب بالمباشرة فى ايجاب الضمان صيانة للدم عن الهدر على خلاف الاصل فيبقى فى حق الكفارة وحرمان الميراث على الاصل فان قيل الكفارة والدية تتعلقان بالقتل وهو قاتل فى حق الدية فينبغى ان يكون قاتلا فى حق الكفارة أيضا قلنا الكفارة جزاء القتل والقتل معدوم منه حقيقة لان تصرفه لم يحصل فى الجثة وانما وجد فى محل آخر والدية بدل المحل وضمان المحل يعتمد فوات المحل وقد وجد وان حصل بالتسبيب (قوله لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة) وذلك لان القتل ازهاق الروح وهى غير محسوسة لقصد اخذها فيستدل عليه بآلة فيختلف باختلاف الآلة فاما دون النفس فاتلافه بالجرح وهو فعل محسوس فلا يحتاج فى تحققه الى الاستدلال بالآلة فلا يختلف باختلاف الآلة والله أعلم بالصواب

(قال المصنف لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به) أقول الاظهر أن يقول لانه قاتل والا فمجرد وجود الاثم لا يوجد الحرمان فلا بد من نوع

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه) لما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل ذلك فى باب على حدة قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد الخ) هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب به القصاص وحقن الدم منعه ان يسفك وقوله (على التابيد) احتراز عن المستامن فان فى دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب المزيلة للمساواة المنبئ عنها القصاص ولا بد من صفة العمدية لما بينا من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود ومن ان الجناية بها تتكامل وفيه بحث من أوجه الاول ان العفو مندوب اليه وذلك ينافى وصف القصاص بالوجوب الثانى ان حقن الدم على التابيد غير متصور لان أنهى ما يتصور منها يكون للمسلم فى دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله تعالى الثالث انها منقوضة بمن لم قتل ابنه المسلم فانها موجودة فيه ولا قصاص الرابع ان قيد التابيد لثبوت المساواة واذا قتل المستامن مستامنا وجب القصاص ولا مساواة بينهما والجواب عن الاول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثانى ان المراد بالحقن على التابيد ما هو بحسب الاصل والارتداد عارض لا معتبر به ورجوع الحربى الى داره أصل لا عارض وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه انقلب مالا لشبهة الابوة وعن الرابع بان التفاوت الى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى وقوله ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود وذكر قول الشافعى رحمه الله ووجهه وهو واضح

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا) أما العمدية فلما بيناه وأما حقن الدم على التابيد فلتنتفى شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال (ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد) للعمومات وقال الشافعى رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة أن

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع فى تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه فى باب على حدة (قوله أما العمدية فلما بيناه) من قوله عليه السلام العمد قود ومن ان الجناية بها تتكامل كذا فى العناية

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

(قوله اما العمدية فلما بيناه) أى من الكتاب والسنة والمعقول واما حقن الدم على التابيد لتنتفى شبهة الاباحة لان عدم التابيد يورث شبهة الاباحة كما فى الحربى المستامن ولا يقال بان من اسلم فى دار الحرب فقد صار محقون الدم على التابيد ومع هذا لا يقتص من قاتله لان كمال الحقن لم يوجد فى حقه لان كماله بالعصمة المقومة والمؤثمة وبالاسلام حصلت له المؤثمة دون المقومة اذ المقومة تحصل بدار الاسلام (قوله للعمومات) ان النفس بالنفس كتب عليكم القصاص فى القتلى وقوله عليه السلام العمد قود (قوله ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل الحر بالعبد) لان قوله الحر بالحر وقع تفسيرا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى والمعتبر هو التفسير ولان هذا يقتضى مقابلة جنس الاحرار بجنس الاحرار فى حكم القصاص فمن قال يقتل الحر بالعبد لا يكون جنس الاحرار مقابلا بجنس الاحرار قصاصا بل يكون بعضهم مقابلا بالبعض ولان القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بين الحر والعبد لان العبد مملوك والحر مالك والمالكية أمارة القدرة والمملوكية سمة العجز ولا مساواة بين القادر والعاجز ولان الحرية حياة والرق موت حكمى حتى ينسب المعتق بالولاء الى المعتق لانه احياه بالاعتاق حكما ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد مع ان حرمة الطرف دون حرمة النفس والاطراف تابعة للنفوس فلان لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس أولى ولا يقال كيف يصح استدلاله بالمقابلة وانه لم يعتبر المقابلة فى قوله والانثى بالانثى فان عنده أيضا يقتل الرجل بالانثى لانه يقول انما يقتل الرجل بالانثى لاطلاق قوله تعالى الحر بالحر وانما خص الانثى بالذكر وان كان حكمها مستفادا من قوله الحر بالحر كيلا يظن ان ضعف البنية وقصور الحال فى الانثى مانع من وجوب القصاص فلازالة هذا الوهم خص الانثى بالذكر ولا يقال بانه ترك اعتبار المقابلة حيث قال بان العبد يقتل بالحر لان ذلك انما ثبت بدلالة نص قوله تعالى والعبد بالعبد فان العبد اذا قتل بالعبد فاولى ان يقتل بالحر لان الحر اقوى حالا

تكاف يعرف من الكفاية *(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)* (قوله لما بينا من قوله عليه الصلاة والسلام) أقول ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى على ما مر فى وجه كون موجب القتل القود عينا (قوله والجواب عن الاول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو) أقول لا يخفى أن ما ذكره مجازى لا ينبغى ارتكابه الا لضرورة ولا ضرورة اذ يجوز أن يقال انه واجب على الائمة لا يحل لهم أن يتركوه اذا أراد ولى الدم الاستيفاء أو يقال هو واجب على القاتل اذا لم يسلم نفسه عند مطالبة الولى بالقصاص يأثم وقد فسر بهذين الوجهين قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص الآية (قوله ما هو بحسب الاصل) أقول الاصل ههنا بمعنى الكثير الراجح كما لا يخفى (قوله لكنه انقلب مالا لشبهة الابوة) أقول الظاهر أن يقال لحرمة الابوة ومراد الشارح للشبهة الناشئة من الابوة فى درء القصاص وهى شبهة الاباحة الثابتة بقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك

وقوله (وهى) أى العصمة (بالدين) يعنى عنده (أو بالدار يعنى عندنا (و) العبد والحر (يستويان فيهما) فيجرى القصاص بينهما فان قال جاز أن تكون شبهة الاباحة مانعة وهى ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره أجاب بقوله (وجريان القصاص) ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجرى بين المستأمنين وليس كذلك وقوله (والنص تخصيص بالذكر) جواب عما استدل به من المقابلة في الآية ووجهه أن ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفى ما عداه كما فى قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفى الذكر بالانثى ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك أن ابن عباس رضى الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعى احداهما فضلا على الاخرى اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بقتل العبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد أجيب بان القصاص فى الاطراف يعتمد المساواة فى الجزء المبان فانه لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما فى ذلك لان الرق ثابت فى أجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمدها فى العصمة وقد تساويا فيها على ما مر قال (والمسلم والذمى فيه سواء) اختلف العلماء رحمهم الله فى ثبوت اقتصاص المسلم بالذمى فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضى الله عنهم الى ثبوته وهو مذهب النخعى والشعبى استدل الاولون بما روى أبو جحيفة قال سألت عليا رضى الله عنه هل عندك من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القرآن قال لا والذى فلق الحبة وبرأ النسمة الا أن يعطى فهما فى كتابه وما فى الصحيفة قلت وما فى الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر قوله وبان القصاص يعتمد المساواة فى وقت الجناية ولا مساواة بينهما فيه وانما قيد بوقت الجناية لان القاتل اذا كان ذميا وقت القتل ثم أسلم

لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهى منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا أن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفى ما عداه قال (والمسلم بالذمى) خلافا للشافعى له

وغاية البيان وقال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى على ما مر فى وجه كون موجب القتل القود عينا اه أقول فيه نظر لان قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى انما يدل على وجوب القصاص فى القتل وأما كون وجوب القصاص فى القتل العمد خاصة فلا تدل عليه الآية المذكورة وحدها لاطلاقها وانما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام العمد قود والدليل المعقول كما أفصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى وقال الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أى موجبه ولأن الجناية بها تتكامل الخ فكيف يتصور أن يندرج قوله تعالى كتب عليكم الخ فى قول المصنف ههنا أما العمدية فلما بينا كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى تبصر (قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام فان قال الشافعى جاز أن تكون شبهة الاباحة مانعة وهى ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره أجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجرى بين المستأمنين وليس كذلك اه أقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع مانعية شبهة الاباحة عن القصاص وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الاباحة فى العبد ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة فالصواب فى الشرح أن يقال ومعناه أن شبهة الاباحة غير ثابتة فى العبد والا لما جرى بين العبدين كما لا يجرى بين المستأمنين (قوله والنص تخصيص بالذكر فلا ينفى ما عداه) هذا جواب عما استدل به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد فى الآية ووجهه أن ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفى ما عداه كما فى قوله تعالى والانثى بالانثى فانه لا ينفى أن يقتل الانثى بالذكر ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روى عن ابن عباس أن قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت احداهما تدعى الفضل على الاخرى فقالت لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم كذا فى الشروح أقول لقائل أن يقول ان التخصيص بالذكر وان لم يدل على نفى ما عداه الا أن تعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد القصر نحو الكرم التقوى أى لا غيرها والامير الشجاع أى لا الجبان ونحو التوكل على الله والامام من قريش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف فى علم الادب وقد استدل الائمة الحنفية على أن موجب القتل العمد هو القود عينا لا واحد من القود والدية لا بعينه بقوله عليه السلام العمد قود وقالوا وجه التمسك به أن الالف واللام فى قوله العمد للجنس فتفيد القصر على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب أن اللام انما يجوز حملها على الجنس اذا لم يكن هناك معهود كما عرف فى علم الادب وعلم الاصول أيضا وفى الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر فى سبب نزولها فتحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضى القصر وقد أشار اليه فى الكافى حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس (قوله وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل ان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أى فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة اه أقول قد حمل الشبهة المذكورة فى الكتاب هنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر أما أولا فلأن المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم المساواة بينهما على طريق الجزم حيث قال لانه لا مساواة بينهما وقت الجناية فكيف يتم أن يقول بعده كون الكفر مبيحا يورث شبهة عدم المساواة ويجعله استدلالا آخر فهل لا يكون هذا منافيا لما سبق أو مستدركا وأما ثانيا فلانه سيقول فى الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة وذلك قطعى الدلالة على أن ليس المراد بالشبهة المذكورة هنا شبهة عدم المساواة اذ لا شك أن قتل الذمى

واعلى رتبة من العبد ولنا ما تلونا وما روينا فلا تعارض بما تلا لان فيه مقابلة مقيدة وفيما تلوناه مقابلة مطلقة والمطلق لا يحمل على المقيد على انه ليس فى مقابلة الحر بالحر نفى مقابلة الحر بالعبد لان فيه ذكر بعض ما يشمله العموم على موافقة حكمه فلا يوجب تخصيص ما بقى الا ترى انه كما قابل العبد بالعبد قابل الانثى بالانثى ثم لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى وفائدة هذه المقابلة ما قال ابن عباس رضى الله عنه كانت المقابلة بين بنى النضير وبين بنى قريظة وكان بنو النضير اشرف وكذا يعدون بنى قريظة على النصف منهم فتواضعوا على ان العبد من بنى النضير بمقابلة الحر من بنى قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بنى قريظة فنزلت الآية ردا عليهم وبيانا ان الحر بمقابلة الحر والعبد بمقابلة العبد والانثى بمقابلة الانثى من القبيلتين جميعا فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس وقوله لان مبنى القصاص على المماثلة قلنا القصاص يعتمد المساواة فى العصمة لا غير ولهذا يقتل العاقل بالمجنون والعالم بالجاهل وهى أى العصمة بالدين أى عنده أو بالدار أى عندنا ويستويان فيهما (قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة) هذا جواب عن تعليل

(قوله وقد أجيب بان القصاص فى الاطراف يعتمد المساواة فى الجزء المبان) أقول يعنى لا يكفى فيها المساواة فى العصمة بل لا بد من المساواة فى الجزء المبان فى كونه معيبا وسلامته من العيب فطرف العبد معيب بخلاف طرف الحر

قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمى

به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد فى الآية ووجهه أن ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفى ما عداه كما فى قوله تعالى والانثى بالانثى فانه لا ينفى أن يقتل الانثى بالذكر ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روى عن ابن عباس أن قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت احداهما تدعى الفضل على الاخرى فقالت لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم كذا فى الشروح أقول لقائل أن يقول ان التخصيص بالذكر وان لم يدل على نفى ما عداه الا أن تعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد القصر نحو الكرم التقوى أى لا غيرها والامير الشجاع أى لا الجبان ونحو التوكل على الله والامام من قريش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف فى علم الادب وقد استدل الائمة الحنفية على أن موجب القتل العمد هو القود عينا لا واحد من القود والدية لا بعينه بقوله عليه السلام العمد قود وقالوا وجه التمسك به أن الالف واللام فى قوله العمد للجنس فتفيد القصر على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب أن اللام انما يجوز حملها على الجنس اذا لم يكن هناك معهود كما عرف فى علم الادب وعلم الاصول أيضا وفى الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر فى سبب نزولها فتحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضى القصر وقد أشار اليه فى الكافى حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس (قوله وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل ان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أى فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة اه أقول قد حمل الشبهة المذكورة فى الكتاب هنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر أما أولا فلأن المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم المساواة بينهما على طريق الجزم حيث قال لانه لا مساواة بينهما وقت الجناية فكيف يتم أن يقول بعده كون الكفر مبيحا يورث شبهة عدم المساواة ويجعله استدلالا آخر فهلا يكون هذا منافيا لما سبق أو مستدركا وأما ثانيا فلانه سيقول فى الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة وذلك قطعى الدلالة على أن ليس المراد بالشبهة المذكورة هنا شبهة عدم المساواة اذ لا شك أن قتل الذمى

الشافعى رحمه الله فى غير هذا الموضع بانه تمكن فى هذا الفعل شبهة الاباحة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع القصاص بين المسلم والكافر عند الشافعى رحمه الله أو يمنع القصاص بين المسلم والكافر المستأمن بالاجماع فكذا أثر الكفر وأثر الشئ يقوم مقام ذلك الشئ خصوصا فيما يحتاط فيه ألا ترى انه أقيم أثر النكاح وهى العدة مقام النكاح فى منع نكاح الاخت وعدم جواز التزوج احتياطا كذا هنا القيام أثر الكفر مقام الكفر فى درء القصاص وانه مما يحتال لدرئه ويحتاط فى اسقاطه فاجاب رحمه الله ان جريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة (قوله ولا مساواة بينهما وقت الجناية) لقوله تعالى لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة ولان الكفر من أعظم النقائص والكافر كالميت لقوله تعالى أو من كان ميتا فاحييناه ولا مساواة بين الميت من وجه وبين الحى من كل وجه والقصاص يبتنى على المساواة فاذا انتفت المساواة بينهما لا يجب القصاص بخلاف الذمى اذا قتل ذميا ثم أسلم القاتل فعليه القصاص اتفاقا لوجود المساواة بينهما وقت الجناية ولهذا قيد بقوله وقت الجناية (قوله وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة) أى مبيح للقتل لانه من أعظم الجنايات فكان مؤثرا فى استدعاء القتل الذى هو نهاية العقوبات فاذا وجد ولم يبح لعارض عقد الذمة أورث شبهة كالملك فانه مبيح لوطئ فاذا وجد فى الاخت رضاعا ولم يبح صار شبهة فى درء الحد (قوله ولنا ما روى انه عليه السلام) قتل مسلما بذمى وقال أنا أحق من وفى بذمته فالفعل نص والتعليل دليل على ان لا فرق بين أن يكون القاتل مسلما أو ذميا ثم أسلم لانه عليه السلام أخبر ان الوجوب لذمة المقتول فكان فيه تنصيص على وجوب القود على

فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أى فتنة الكفر فيورث شبهة عدم

المساواة ولنا ماروى محمد بن الحسن عن ابراهيم رحمهما الله أن رجلا من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أنا أحق من وفى بذمته ثم أمر به فقتل وفى دلالته على المطلوب جلاء لا يمارى وورد بان مداره على ابن السلمانى وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ رحمه الله ابن السلمانى حديثه منكر وروى عن ربيعة أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد

ولان المساواة فى العصمة ثابتة نظرا الى التكليف أو الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة

بمثله لا يؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمى وانما يؤذن بانتفاء شبهة عدم الاباحة فى دم الذمى فالصواب أن المراد بالشبهة هنا شبهة الاباحة كما هو مقتضى تفريع قوله فيورث الشبهة على قوله وكذا الكفر مبيح وقد صرح بذلك فى المسئلة السابقة فحينئذ ينتظم السباق والسياق بلا غبار كما لا يخفى (قوله ولان المساواة فى العصمة ثابتة نظرا الى التكليف أو الدار) قال صاحب العناية فى حل هذا التعليل ولان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى ثابتة نظرا الى التكليف يعنى عنده أو الدار يعنى عندنا اهـ أقول ورع الشارح المذكور قول المصنف نظرا الى التكليف أو الدار الى المذهبين كما ترى فحمل قوله الى التكليف على مذهب الشافعى وقوله أو الدار على مذهبنا لكنه محل نظر لان المصنف لما قال فى تعليل المسئلة السابقة ولنا أن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى بالدين أو بالدار قال الشارح المذكور وسائر الشراح أيضا هنالك وهى أى العصمة بالدين يعنى عنده أو بالدار يعنى عندنا فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعى واذا كان المعتبر فى ثبوت العصمة عند الشافعى هو الدين فكيف يتم القول هنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الاسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية فى هذا المحل ثم أقول لعل كلمة أو فى قول المصنف نظر الى التكليف أو الدار بمعنى الواو كما فى قوله

سيان كسر رغيفه ✱ أو كسر عظم من عظامه

فيكون المجموع على مذهبنا ويؤيده ماوقع فى بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة أو وعبارة الكافى والتبيين أيضا فان المذكور فيهما فى هذا المقام ولان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف اهـ فان قلت لم يحمل المجموع على مذهبنا مع ابقاء كلمة أو على أصل معناها قلت لان التكليف وحده لا يقتضى العصمة الموجبة للقصاص ألا يرى أنه اذا قتل مكلف ولو كان مسلما فى دار الحرب لا يجب القصاص صرح به فى عامة المعتبرات فلا بد من أن يكون فى دار الاسلام أيضا «

المسلم بقتل الذمى واستيفاء القود منه (قوله أو لان المساواة فى العصمة نظر الى التكليف) لانه بهذا الوصف استحق البقاء لانه يجب أن يكون قادرا على اقامة ما كلف به ولا يتمكن من اقامة ما كلف به الا بان يكون محرم التعرض مدفوع أسباب الهلاك والكفر ليس بمبيح بنفسه بل بواسطة كونه باعثا على الحراب فاذا سقط الحراب بعقد الذمة لم يبق الكفر مبيحا ولهذا قلنا ان كفر المرأة لا يبيح القتل لانه غير باعث على الحراب لان بنيتها غير صالحة له (قوله والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة) أى قتل الذمى بالذمى دليل على أن كفر الذمى لا يورث شبهة اباحة القتل اذ لو أورث شبهة لما جرى القصاص بين الذميين كما لا يجرى بين الحربيين وكذا لا يجرى بين المستأمنين على جواب الاستحسان وأما قوله عليه السلام لا يقتل المؤمن بكافر المراد منه الكافر الحربى المستأمن بدليل قوله ولا ذو عهد وهذا معطوف على المسلم أى ولا يقتل ذو عهد بكافر وانما لا يقتل ذو العهد بالكافر الحربى فلو كان المراد به الذمى لما صح جريان القصاص بين الذميين فان قيل جاز أن يراد بذى العهد المسلم قلنا العطف يقتضى المغايرة فان قيل هذا ابتداء أى لا يقتل ذو عهد فى مدة عهده قلنا المراد بالاول نفى القتل قصاصا لا نفى مطلق القتل فكذا الثانى تحقيقا للعطف

وهو مرسل منكر وقال الدار قطنى ابن السلمانى لا يقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا أرسل والجواب أن الطعن بالارسال والطعن المبهم من أئمة الحديث غير مقبول وقد عرف فى الاصول (ولان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى ثابتة نظرا الى التكليف) يعنى عنده (أو الدار) يعنى عندنا فيثبت وقوله (والمبيح كفر المحارب) جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح وتقريره أنا لا نسلم أن مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية وقوله والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة أى قتل الذمى بالذمى دليل على أن كفر الذمى لا يورث الشبهة اذ لو أورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجرى بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلم قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص

قوله ولان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى ثابتة نظرا الى التكليف يعنى عنده أو الدار يعنى عندنا) أقول ولهذا يقتل الذمى بالذمى (قوله قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص) أقول لم لا يجوز أن يقال يجوز أن يكون قبل قتله المسلم معصوما نظرا الى مثله وغير معصوم بالنسبة الى المسلم الا أن يقال العصمة لا تتجزى والمراد

وقوله (والمراد بما روى) جواب عما استدلوا به من حديث على رضى الله عنه وتقريره ماذكره الطحاوى رحمه الله فى شرح الآثار ان الذى حكاه أبو جحيفة عن على رضى الله عنه لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذو عهد فى عهده واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله (لسياقه ولا ذو عهد فى عهده) ووجه ذلك أنه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما فى نفسه وليس كذلك لادائه الى أن لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد فى عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذى لا يقتل به ذو عهد هو الحربى بالاجماع فيقدر بكافر حربى واذا لابد من تقدير حربى يقدر فى المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك أعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف باطل فان قيل فما كيفية قتل المسلم بالحربى حتى صح نفيه وقتلهم واجب فالجواب من جهتين أحدهما المسلم دخل دارهم بأمان فقتل كافرا حربيا فهو حرام لكن لا يقتص منه والثانى أن يقتل من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر على ماذكرنا وقوله (ولا يقتل) يعنى المسلم (بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد) كما تقدم فى أول الباب (ولان كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع) الى داره فكان كالحربى

والمراد بما روى الحربى لسياقه ولا ذو عهد فى عهده والعطف للمغايرة قال (ولا يقتل بالمستأمن) لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع

(قوله والمراد بما روى الحربى لسياقه ولا ذو عهد فى عهده والعطف للمغايرة) يعنى ان المراد بالكافر فى قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر هو الحربى بدليل سياقه وهو قوله ولا ذو عهد فى عهده فانه معطوف على مؤمن فالمعنى ولا يقتل ذو عهد بكافر ولا شك ان ذا العهد وهو الذمى انما لا يقتل بالحربى دون الذمى فان جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه فان قيل لم لا يجوز أن يكون المراد بذى العهد فى الحديث هو المسلم دون الذمى قلنا لان العطف يقتضى المغايرة فلا جرم يكون المراد بذى العهد المعطوف على المؤمن غير المسلم وقد أشار اليه المصنف بقوله والعطف للمغايرة فان قيل ولم لا يجوز أن يكون قوله ولا ذو عهد فى عهده ابتداء كلام أى لا يقتل ذو عهد فى مدة عهده قلنا لان الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه والمراد بالاول نفى القتل قصاصا لا نفى مطلق القتل فكذا فى الثانى تحقيقا لمقتضى العطف من المناسبة بين الجلتين هذا جملة ما فى الكافى وأكثر الشروح فى هذا المقام أخذا من المبسوط والاسرار وقال صاحب العناية فى شرح هذا المحل قوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حديث على رضى الله عنه وتقريره ماذكره الطحاوى فى شرح الآثار أن الذى حكاه أبو جحيفة عن على لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو قوله ولا ذو عهد فى عهده واليه أشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد فى عهده ووجه ذلك أنه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما فى نفسه وليس كذلك لادائه الى أن لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد فى عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذى لا يقتل به ذو عهد هو الحربى بالاجماع فيقدر بكافر حربى واذا لابد من تقدير حربى يقدر فى المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك أعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف الى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل من وجوه الاول ان الاعم انما لا يدل على الاخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص أى لا يدل الاعم على أن يكون المراد منه هو الاخص وحده وهذا معنى ما يقال فى العلوم العقلية لا دلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات الثلاث وأما من حيث اندراج الاخص تحت ذلك الاعم فيدل عليه قطعا بواسطة دلالته على معناه العام الشامل لذلك الاخص ولغيره أيضا ألا يرى أنا اذا قلنا كل حيوان متحرك بالارادة فلا شك انه يدل على كون الانسان متحركا بالارادة كسائر الحيوانات لاندراجه تحت الحيوان وكذا حال سائر الكليات بالنظر الى ما تحتها من الجزئيات وهذا أمر لا سترة به فيما نحن فيه لو لم يقدر حربى فى

(قوله والعطف للمغايرة) أقول قال الاتقانى ولنا فى هذا الكلام نظر لانا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم يعطف قوله ولا ذو عهد على كافر لانه لو عطف عليه لقيل بالجر بل هو عطف على مؤمن ولكن نقول ان الذمى يقتل

بالذمى بالاتفاق فعلم أن المراد بالكافر الحربى لا الذمى اهـ فيه بحث وفى الكفاية فان قيل جاز أن يراد بذى العهد المسلم قلنا العطف يقتضى المغايرة اهـ وبهذا يخرج الجواب عما ذكره الاتقانى فليتأمل (قوله فيقدر ولا ذو عهد فى عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل اليه من ربه والمؤمنون) أقول له أن يقول هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام من قتل معاهدا لم يرح رائحة الجنة فكان الوعيد فيه لمن قتله بغير حق فكذا النهى فى هذا الحديث عن قتله بغير حق وله نظائر (قوله والا لكان ذلك أعم) أقول أى الكافر الذى فى المعطوف عليه أعم من الحربى (قوله فما فرضناه دليلا) أقول أى على التقدير (قوله لا يكون دليلا هذا خلف باطل) أقول اذا قدر فى الثانى لفظ كافر كما فى الاول فيصلح الاول قرينة على تقدير الثانى وتقييده بالحربى بدليل آخر فتدبر

(ولا يقتل الذمي بالمستامن) لما بينا (و يقتل المسامن بالمستامن) قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح (و يقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن و بناقص الاطراف وبالمجنون) للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل

المعطوف عليه وكان كافر أعم من الحربي والذمي لدل على أن لا يقتل مؤمن بشيء من أفراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي ولم يلزم أن لا يكون مافرضناه دليلا للشافعي دليلا له على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور والثاني ان عدم كون مافرضناه دليلا للشافعي دليلا له لا يقتضي تقدير شيء في الحديث اذ لا يتبع تعين معنى الحديث جعل الشافعي ذلك الحديث دليلا على مدعاه بل جعله دليلا عليه انما يصح بعد تعين معناه فما معنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم أن لا يكون مافرضناه دليلا للشافعي دليلا له على تقدير عمومه كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور والثالث ان ماعده محذورا وهو أن لا يكون مافرضناه دليلا للشافعي دليلا له لازم أيضا على تقدير أن يقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رأيه لان الحربي مباين للذمي لامحالة وعدم دلالة أحد المتباينين على الآخر أظهر من عدم دلالة الاعم على الاخص فان لزم من أن يكون كافر في الحديث أعم أن لا يكون مافرضناه دليلا للشافعي دليلا له فلأن لزم من أن يقيد كافر في الحديث بحربي أن لا يكون مافرضناه دليلا للشافعي دليلا له أولى فكيف يثبت تقدير حربي على رأيه و بالجملة قد خرج الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سنن الصواب بالكلية فضل عن سبيله ثم ان صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للمغايرة حيث قال ولنا في هذا المقام نظر لانا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولا ذو عهد على كافر لانه لو عطف عليه لقيل بالجر بل هو عطف على مؤمن ولكن نقول ان الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم أن المراد من الكافر الحربي اهـ أقول نظره في غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للمغايرة ليس لبيان مغايرة ذو عهد في الحديث لكافر حتى يتجه ماتوهمه من أن قوله عليه السلام ولا ذو عهد لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرته لمؤمن دفعا لاحتمال أن يكون المراد بذو عهد في الحديث هو المؤمن أيضا اذ على هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي اذ المؤمن لا يقتل بذمي أيضا عند الشافعي فلا يسلم التقييد بحربي وأما اذا كان ذو عهد مغاير المؤمن فكان المراد به هو الذمي يتعين أن يكون المراد بكافر هو الحربي والا يلزم أن لا يقتل الذمي بالذمي أيضا مع ان خلافه مجمع عليه والعجب أن كون مقصود المصنف من قوله والعطف للمغايرة ماذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشد اليه جدا تقرير صاحب الكافي و بعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح (قوله ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا) قال جماعة من الشراح وهو قوله ولا ذو عهد في عهده وحمله صاحب العناية على قوله لانه ليس محقون الدم على التأبيد ولم يقبل رأي هؤلاء الشراح حيث قال ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا أنه ليس محقون الدم على التأبيد وقيل هو اشارة الى قوله عليه السلام ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما روينا ولانا قدرنا ذلك بكافر حربي الا اذا أريد هنالك بالحربي أعم من أن يكون مستامنا أو محاربا وهو الحق و يغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمروي وانما هو تاويل فلم يقل لما روينا الى هنا كلامه أقول في قوله و يغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه نظر لانه اذا أريد هنالك بالحربي ماهو أعم من المستامن والمحارب يرد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب فان قتل المحارب واجب فما معنى نفيه في الحديث فيحتاج الى الجواب عنه بالوجهين اللذين ذكرهما من قبل وانما يحصل الغنى عن السؤال والجواب اذا كان المراد بالحربي

(قوله ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا) وهو قوله عليه السلام ولا ذو عهد في عهده (قوله لا يقاد الوالد بولده) خص به عموم الكتاب لان الكتاب مخصوص بالاجماع فان المولى لا يقتص بعبده ولا بعبد ولده فيخص به أيضا وذكر الامام البزدوي رحمه الله ان هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فيصلح مخصصا أو ناسخا لحكم الكتاب

(ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا) أنه ليس محقون الدم على التابيد وقيل هو اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما روينا ولانا قدرنا ذلك بكافر حربي الا اذا أريد هنالك بالحربي أعم من أن يكون مستامنا أو محاربا وهو الحق ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمروي وانما هو تاويل فلم يقل لما روينا وقوله (للعمومات) يعني الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها وقوله (ولان في اعتبار التفاوت الخ) يصلح لجميع ماذكرنا فيه الشافعي رحمه الله

(قوله لان التقدير المذكور ليس بمروي) أقول يعني غير مذكور على قصد الرواية بل لتتميم الدليل

والثاني

والثاني قال (ولا يقتل الرجل بابنه) لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال أن يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه

هنالك هو المستامن فقط كما هو الاحسن وجزم به صاحب البدائع حيث قال وأما الحديث فالمراد من الكافر المستامن لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول اهـ (قوله ولا يقتل الرجل يابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده) قال تاج الشريعة قلت خص به عموم الكتاب لانه لحقه الخصوص فان المولى لا يقتص بعبده ولا بعبد ولده وذكر الامام البزدوي أن هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فصلح مخصصا أو ناسخا حكم الكتاب اهـ أقول الحق ماذكره الامام البزدوي لا ماقاله تاج الشريعة من عند نفسه لان حاصل ماقاله ان الكتاب في حكم القصاص صار مما خص منه البعض بعدم اقتصاص المولى بعبده ولا بعبد ولده فصار ظنيا فجاز تخصيص قتل الوالد ولده من عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتلى بالسنة ولو كانت من أخبار الآحاد ولكنه غير تام اذ قد تقرر في الاصول ان العام الذي خص منه البعض انما يصير ظنيا اذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول به وأما اذا كان البعض من العام مخرجا بدليل مفصول عنه فيكون عمومه منسوخا لا مخصوصا و يصير قطعيا في الباقي ولا شك ان مايخرج قتل المولى عبده أو عبد ولده عن آية القصاص ليس كلاما موصولا بها فلا ينافي قطعيتها فلا يجوز اخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد بل لا أقل من أن يكون المخرج حديثا مشهورا كما عرف في أصول الفقه فلا بد من المصير هنا الى ماذكره الامام البزدوي (قوله والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) قال الشراح هذا جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد

(قوله والقصاص يستحقه المقتول) ولهذا يصح عفو المجروح ثم يخلفه وارثه هذا جواب عما يقال انما يستقيم هذا التعليل ان لو كان المستحق هو الابن المقتول فاجاب ان حق القصاص يثبت للمقتول أولا ثم يخلفه الوارث والابن ليس من أهل أن يستوجب ذلك على أبيه و بدون الاهلية لا يثبت الحكم وفي الاوضح انما يورث القصاص من المقتول لانه حق المقتول وقد تركه بالموت فيثبت لوارثه لقوله عليه السلام من ترك حقا أو مالا فهو لورثته بعد موته وهذا لان الحقوق على ضربين حق يتعلق بالمحل وهو الذي يبقى بعد الموت و يثبت للوارث لان الحق اذا تعلق بالمحل يبقى ببقاء ذلك فيكون باقيا بعد الموت فاذا بقي بعد الموت يكون الميت تاركا له بعد موته فيثبت لوارثه لما ذكرنا من الحديث وحق يتعلق بالفعل وهو الذي لا يبقى بعد الموت ولا يثبت للوارث لان الحق اذا تعلق بالفعل فانما يبقى مادام الشخص باقيا أهلا لذلك الفعل و بالموت يخرج الشخص عن أن يكون أهلا للفعل فلا يبقى له فيه حق فلا يكون تاركا له بعد الموت فلا يمكن اثباته لورثته بعين ماذكرنا من الدليل والقصاص من الحقوق التي تتعلق بالمحل لان نفس القاتل يصير ملكا للمقتول لقوله تعالى النفس بالنفس جعل النفس عوضا عن النفس بحرف الباء اذ هي للعوضية فلا يكون عوضا عنه الا اذا كان مملوكا له كالعوض الآخر واذا صار مملوكا له يكون القصاص حقا يتعلق بالموت فيورث بعد الموت لما ذكرنا بخلاف خيار الشرط وحد القذف اذ المغلب فيه حق الشرع والحق في خيار الشرط لا يتعلق بالمحل بل يتعلق بالفعل لانه عبارة عن ولاية الفسخ والشخص بالموت لا يبقى أهلا للفسخ فلا يكون الحق باقيا له بعد الموت فلا يكون تاركا له بعد الموت فلا يثبت لورثته وهذا الوجه انما يوافق مذهبهما فانه مذكور في متن الكتاب بعد ذلك وكذا في كتب أصول

قال (ولا يقتل الرجل بابنه الخ) لا يقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لاحيائه وهو وصف معلل ظهر أثره في جنس الحكم المعلل به فانه لا يجوز أن يقتل والده وان وجده في صف الاعداء مقاتلا أو وجده زانيا وهو محصن فيجوز أن يتعدى به الحكم من الوالد الى الجد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم أسباب لاحيائه فلا يجوز أن يكون سببا لافنائه ثم قوله (والقصاص يستحقه المقتول) جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد ولا محذور فيه ولو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب وقال مالك رحمه الله ان ذبحه يقاد به لانتفاء شبهة الخطا من كل وجه بخلاف ما اذا رماه بسيف أو سكين فان فيه توهم التاديب لان شفقة الابوة تمنعه عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة قال المصنف رحمه الله (وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله) وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فانه يرجم أجيب بان الرجم حق الله تعالى على الخلوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب ان يحد اذا زنى بجارية ابنه لان حق المالك بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك صار شبهة في الدرء

(قال المصنف والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) أقول القصاص طريقه الخلافة عند أبي حنيفة دون الوراثة كما سيجيء في باب الشهادة في القتل فلا يلائمه كلام المصنف وجوابه أن فيه شبهة الوراثة وشبهة الخلافة فتارة يعين الاولى و تارة يعين الثانية احتيالا في درء القصاص فليتأمل فان هذا كلام اجمالي كتبته تذكرة (قوله ولو قال فمن المحال أن يتسبب لفنائه) أقول وأنت خبير بان عبارة المصنف تؤدي هذا المعنى اذ معناها فمن المحال أن يستحق لاجله افناؤه ولا يدل على كون المستحق المقتول (قوله لان شفقة الابوة تمنعه عن ذلك) أقول أي تمنعه عن التعمد

قوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانه سبب لاحيائه وقوله (ولا ولده) بالرفع معطوف على الضمير المستكن فى يستوجب و جاز ذلك بلا تاكيد بمنفصل لوقوع الفصل يعنى ولا يستوجب ولده على أبيه اذا قتل الاب عبد ولده وقول (ومن ورث قصاصا على أبيه) مثل أن يقتل الرجل أم ابنه مثلا وقوله (ولا يستوفى القصاص الا بالسيف) يعنى اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى الا بالسيف وقال الشافعى رحمه الله ينظر ان كان قتل بفعل مشروع مثل ان قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك و يمهل مثل تلك المدة فان مات والا تحز رقبته وان كان بغير مشروع كان سقاه الخمر حتى قتله أو لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف لان مبنى القصاص المساواة وذلك فيما ذكرنا لان فيه مساواة

والجد من قبل الرجال أو النساء وان علا فى هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب أو الام قربت أو بعدت لما بينا و يقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال (ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده) لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزأ قال (ومن ورث قصاصا على أبيه سقط) لحرمة الابوة قال (ولا يستوفى القصاص الا بالسيف) وقال الشافعى يفعل به مثل مافعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل مافعل فيحز فيجب التحرز عنه كما فى كسر العظم

ولا محذور فيه وقال صاحب العناية بعد ذلك ولو قال فمن المحال أن يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب اه أقول فيه بحث اذ لا يرى جهة سببية المقتول لفناء القاتل سوى استحقاقه القصاص فلو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائه فاما ان أراد بتسببه لفنائه استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال المزبور ويحتاج الى الجواب المذكور وأما ان أراد به اشيا سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم (قوله والجد من قبل الرجال والنساء وان علا فى هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب أو الام قربت أو بعدت لما بينا) أقول من العجائب ههنا ان الامام الزاهدى قال فى شرح مختصر القدورى قلت ذكر الجدة فى الهداية من قبل الام ولم يطلقها وذكر فيها الاجداد من قبل الرجال والنساء والام ولم يذكر الجدة من قبل الاب أصلا فوقعت لى شبهة فى الجدة من قبل الاب وقد زالت بحمد الله تعالى بما ذكر فى كفاية البيهقى قال ولا يقتل أصول المقتول به وان علوا خلافا لمالك فيما اذا ذبحه ذبحا اه وأنت ترى أن الجدة من قبل الاب مذكورة فى الهداية ههنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة فى أمرها (قوله ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح) قال صاحب العناية فى حل هذا المحل ولنا قوله صلى

الفقه فى باب الشهادة بالقتل ان القصاص عند أبى حنيفة رحمه الله يثبت للورثة ابتداء (قوله ومن ورث قصاصا على أبيه) بان قتل الاب أم ابنه وورث الابن قصاص أمه على أبيه (قوله ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعى رحمه الله يفعل به مثل مافعل ان كان فعلا مشروعا) كما اذا قطع يد انسان عمدا فمات منه يقطع يد القاتل و يمهل مثل تلك المدة فان مات والا يحز رقبته وان حصل القتل بطريق غير مشروع بان سقاه خمرا حتى قتله أو وطئ صغيرة أو لاط بصبي فمات من ذلك اختلف أصحاب الشافعى فيه قال بعضهم يحز رقبته و يفعل به مثل مافعل وقال بعضهم يتخذ آلة من خشب مثل آلة الرجل فيفعل به مثل مافعل وفى الخمر يوجر الماء حتى يموت تحقيقا للمساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف أى لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضى الله عنهم وقال ابن مسعود رضى الله عنه ولا قود الا بالسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح ولانه فعل مستحق شرعا فيستوفى بالسيف كقتل المرتد وهذا لانه انما يستوفى

فى أصل الوصف والفعل المقصود به (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفى استيفاء القود بغيره و يلحق به ما كان سلاحا) فان قيل يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب الا بالسيف أجيب بان القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤل اليه وهذا اختار صاحب الاسرار وفخر الاسلام رحمه الله قدره بلا قود يجب الا بالسيف واستدل به لابى حنيفة رحمه الله فى نفى القصاص عن القتل بالمثقل وقد قررناه فى التقرير وقوله (ولان فيما ذهب اليه) دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى القصاص على المساواة ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل مافعل لان فيه الحز بعد فعل مثل مافعل به وانه غير جائز لادائه الى انتفاء القصاص فيجب التحرز عنه كما فى كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن عمدا فانه لا يقتص منه قال

(قوله و يلحق به ما كان سلاحا) أقول يابى عن الالحاق قول المصنف والمراد به السلاح نوع اباء (قوله فان قيل يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب الا بالسيف) أقول لا يمكن ان يورد هذا من طرف الشافعى لان القتل بالمثقل يوجب القود عنده (قوله أجيب بان القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤل اليه) أقول كان مراده ان خبر لا اذا كان من الافعال الخاصة يجب ذكره فقوله يجب ليس خبر الا بل هو معتبر فى مفهوم القود فانه بصدد ان يجب اذا كان وجد فى مقابلة القتل بالسيف والخبر هو موجود وفيه بحث فان المراد به الوجود الشرعى ولا يلزم اعتبار الوجود فى القود كما فى المعنى الآخر فتدبر ثم اعلم ان ضمير عليه فى قوله والحمل عليه راجع الى ما فى قوله

قال (واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا أرى فى هذا قصاصا) لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعنى هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضى الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسالة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح (ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى) لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان

الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفى استيفاء القود بغيره و يلحق به ما كان سلاحا اه أقول فيه خلل لانه اذا كان نصا على نفى استيفاء القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف وهل يتصور أن يدل كلام واحد على نفى شئ واثباته معا والحق أن يكون المراد بالسيف فى الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكناية كما أشار اليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحبا الكافى والكفاية حيث قالا ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف أى لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضى الله عنهم وقال أصحاب ابن مسعود لا قود الا بسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح اه وقال فى النهاية فان قيل يحتمل أن يكون المراد من الحديث لا قود يجب الا بالسيف لا أن يكون معناه لا قود يستوفى الا بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا وان حمل عليه كان مجازا ولان القود قد يجب بغير السيف كما قتل بالنار والابرة فلم يمكن حمله على الوجود و وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما السيف مخصوص بالاستيفاء اه وذكر هذا السؤال فى العناية أيضا ولكن قصر الجواب عنه فيها على الوجه الاول من الوجهين المذكورين فى النهاية أقول فى ذلك الوجه من الجواب نظر لانه انما يتم أن لو كان مدار السؤال على احتمال أن يراد بلفظ القود المذكور فى الحديث ما يجب شرعا وأما اذا كان مداره على احتمال أن يقدر فى الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السؤال فلا يتم ذلك اذ لا مجاز حينئذ فى لفظ القود فان قلت المصير الى التقدير ليس باسهل من المصير الى التجوز فيحصل المطلوب وهو لزوم العدول الى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر قلت لا محيص عن تقدير شئ على المعنى الذى حملوه عليه أيضا فان معنى الحديث على ذلك لا قود يستوفى الا بالسيف كما صرحوا به فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء ومثل ذلك بمعونة المقام ليس بعزيز فى كلام البلغاء فلا يتم التقريب (قوله ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص) أقول أطلق الوارث ههنا ولم يقيده بالحر وقيده فى الصورة الآتية بذلك حيث قال وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وكان الاولى أن يعكس الامر فانه

المستحق بالطريق التى يتيقن انه طريق له وحز الرقبة متيقن بانه طريق استيفاء القتل فأما قطع اليد فلا يكون طريقا الا بشرط السراية وهو موهوم وما يتعلق بالشرط لا يكون ثابتا قبل الشرط فقبل السراية هذا الفعل غير القتل فلا يكون مشروعا فضلا من أن يكون مستحقا ثم هو اعتبار معادلة تقع ظلما انتهاء لانه اذا برأت يده يحز رقبته والفعل الثانى زيادة على ما كان منه وهو حرام فيجب الحذر عنه كما فى كسر العظم عمدا فانه لا يجب القصاص أصلا الا فى السن لتوهم الزيادة فلان يسقط البعض منه أولى (قوله ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين) أى على تقدير موته حرا وعلى تقدير موته عبدا وهو معلوم أى المولى معلوم والحكم متحد وهو استيفاء القصاص واختلاف السبب لا يفضى الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به أى باختلاف السبب كما اذا قال المقر لك على ألف من ثمن بيع وقال المقر له لا بل قرض يجب الالف على المقر (قوله بخلاف تلك المسئلة) أى المستشهد بها لان حكم ملك اليمين يغاير حكم ملك النكاح لان حكم ملك اليمين كون الرقبة مملوكة وحل الاستمتاع تبع والتبع بمنزلة المعدوم والنكاح يثبت الحل مقصودا فلم يكن الاتفاق فيما هو المقصود والحكم بالحل من غير تعيين السبب يفضى الى المنازعة لان الحل بملك اليمين يستلزم غرامة الثمن

واذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلان يجوز ترك البعض أولى قال (واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى الخ) اذا قتل المكاتب عمدا فلا يخلو اما أن ترك وفاء أو لم يترك فان كان الاول فلا يخلو اما أن يكون له وارث غير المولى أو لا فان كان الثانى فللمولى القصاص عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا أرى فى هذا قصاصا واستدل بما ذكر فى الكتاب وكانه حام حول الدرء بالشبهات ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين الخ وهو فى الحقيقة نفى اعتبار مثل هذه الشبهة لانحطاطها عن درجة الاعتبار لان السببين اذا رجعا الى شخص وحكمهما لم يختلف صارا كسبب واحد لحكم واحد وأما اذا رجعا الى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسئلة المستشهد بها فيمكن ان تكون معتبرة فان كان الاول فلا قصاص وان اجتمعوا لوجود الاشتباه على ما ذكر لان الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا فى موته على نعت الحرية أو الرق فانه على قول على وابن مسعود رضى الله عنهما يموت حرا اذا أديت كتابته فيكون الاستيفاء لورثته وعلى قول زيد بن ثابت

دون ما يجب شرعا

مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها (وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز

اذا كان الوارث هنا رقيقا فالظاهر انه يجب القصاص للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما في الصورة السابقة لكون حق الاستيفاء حينئذ للمولى خاصة اذ لا ولاية للارقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشتبه من له الحق هنالك فانه المولى على كل حال ان مات عبدا فبالملك وان مات حرا فبالولاء وأما اذا كانت الورثة ارقاء في الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا كما اذا كانت الورثة أحرارا لانه مات عبدا في تلك الصورة بلا ريب والتقييد بالاحرار يشعر بكون الحكم في الارقاء خلاف ذلك بناء على أن مفهوم المخالفة معتبر عندنا أيضا في الروايات كما صرحوا به فالاحسن ماذكره صاحب الكافي حيث قال في هذه الصورة ولو ترك وفاء وله وارث حر غير المولى فلا قصاص وقال في الصورة الآتية وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرارا أولا وجب القصاص للمولى عندهم فان قلت الرقيق لا يكون وارثا لان الرق أحد الامور الاربعة التي تمنع عن الارث كما تقرر في علم الفرائض فلا احتياج الى تقييد الوارث بالحر بل لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق أيضا وارثا قلت المراد بالوارث هنا من كان من شانه ان يرث والرقيق كذلك لانه يرث عند زوال الرق عنه لا من يرث بالفعل فيحتمل التقييد بالحرية والا يلزم أن لا يتم تقييد الورثة بالاحرار في الصورة الآتية أيضا مع أنها قيدت بما في الكتاب بل في أصل الجامع الصغير للامام الرباني (قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) قال صاحب الغاية ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له أوله ورثة ارقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب اهـ أقول هذا كلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضي عدم الفائدة في ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة في ذكره ألا ترى أن أكثر المسائل المذكورة في أبواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الاحكام مع أنه لا مجال لان يستغنى بذكر بعضها عن ذكر الآخر على أن تخصيص من له ورثة أحرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا في الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شئ يفيد كون الحكم في المتروك حكم المذكور فالوجه في الاعتذار عن ترك ذلك ان يقال ان حكم المتروك ههنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذا وجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا فيما اذا كان له ورثة أحرار فلان يجب القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث أصلا أو كان له ورثة أرقاء أولى كما لا يخفى (قوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز) قال في غاية

والحل بالنكاح يستلزم غرامة المهر ولا كذلك ههنا لان استيفاء القصاص على التقديرين واحد (قوله اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة) فان على قول علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم يموت حرا اذا أديت كتابته فيكون استيفاء القصاص لورثته وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبدا واستيفاء القصاص للمولى (قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى) ذكر شيخ الاسلام خواهرزاده يريد به انه لم يترك وفاء ولم يكن في قيمته وفاء بالمكاتبة اما اذا كان في قيمته وفاء بالمكاتبة لا قصاص فيه وتجب قيمته على القاتل في ماله لان موجب العمد وان كان هو القصاص الا انه يجوز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص كما اذا كانت يد القاطع شلاء كان للمقطوع يده العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص لما لم يجد مثل حقه بكماله فكذا ههنا جاز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص لان وجوب القيمة أنفع له لانه يحكم بحريته وحرية أولاده اذا أدى بدل الكتابة من قيمته ولو وجب القصاص يموت عبدا ولا ينتفع بالقصاص ولما كان وجوب القيمة أنفع كان القول به أولى (قوله بخلاف معتق البعض) يعني اذا مات عاجزا ذكر في المنتقى عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا قصاص لان بعجز

رضي الله عنه يموت عبدا فيكون استيفاء القصاص للمولى (بخلاف الاولى فان المولى متعين فيها) وان كان الثاني وهو ما اذا مات ولم يترك وفاء فواضح كما ذكر ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له أوله ورثة أرقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب وقوله (بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء) يعني لا يجب القصاص لان ملك المولى لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز ما عتق

(قال المصنف وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) أقول قال في الكفاية وذكر شيخ الاسلام يريد به لم يترك وفاء ولم يكن في قيمته وفاء بالمكاتبة أيضا فاما اذا كان في قيمته وفاء بالمكاتبة لا قصاص فيه ويجب قيمته على القاتل في ماله لان موجب العمد وان كان هو القصاص الا أنه يجوز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص كما اذا كانت يد القاطع شلاء كان للمقطوع يده العدول الى المال بغير رضا القاطع مراعاة لحق صاحب القصاص لما لم يجد مثل حقه بكماله فكذا ههنا جاز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له

(واذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال (واذا قتل ولي المعتوه فلابيه أن يقتل

البيان قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وليس هذا كالعبد المعتق بعضه اذا مات عاجزا لانه ذكر في المنتقى عن أبي حنيفة أن لا قصاص لان عجز المكاتب ينفسخ به الكتابة فكأنها لم تكن وموت المعتق لم ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اهـ أقول فيه نظر قد مر من قبل أن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو أن اختلاف السبب الذي لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف الحكم لا يبالى به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبي حنيفة في مسئلة معتق البعض اذا مات عاجزا بان المولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اذ لا افضاء الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى اختلاف الحكم فمن أين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء ما اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة في حيز قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار الخ فحينئذ يصح تتميم ما أجمله المصنف في تعليله بقوله لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز بان يقال فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فيبالى باختلافهما للافضاء الى المنازعة تأمل تقف (قوله واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل) يعني اذا قتل قريب المعتوه فلابي المعتوه ان يقتل أي له ولاية استيفاء القصاص من القاتل قال صاحب العناية في شرح هذه المسئلة واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلابيه وهو جد المقتول الاستيفاء أقول هذا تقصير في بيان المسئلة فان من كان القصاص له حق المعتوه دون أبيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يعم ابنه وغيره كاخيه وأخته لام من غير أبيه وكامه المطلقة من أبيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحتمل التعميم فان ولي المعتوه بمعنى قريبه يعم الكل فما معنى تخصيص المسئلة مع عموم جوابها وصاحب النهاية أصاب في تفسير ولي المعتوه ولكن أفسد بعده حيث قال واذا قتل ولي المعتوه أي قريبه وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلابي المعتوه وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص اهـ واقتفى أثره جماعة من الشراح والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم ان يحمل ما ذكروه على التمثيل دون التخصيص

المكاتب تنفسخ الكتابة وموت المعتق لا يوجب انفساخ عتقه فلم يثبت الملك للمولى في الكل بموته عاجزا (قوله واذا قتل عبد الرهن الى آخره) في بعض الفوائد المرهون اذا قتل عمدا لا يكون للراهن القصاص الا اذا اجتمع المرتهن معه فاذا اجتمع فله القصاص في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد ليس له ذلك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وجه قول محمد رحمه الله أن للمرتهن يدا وللراهن ملكا فيضاف العبد بكليته الى هذا من وجه والى ذلك من وجه فلا يثبت الاستيفاء وان اجتمعا عليه كعبد المكاتب اذا قتل لا يجب القصاص وان اجتمع المولى والمكاتب بخلاف المشترك حيث يجب اذا اجتمع الموليان لان الملك لكل واحد منهما ثابت في النصف من كل وجه ولابي حنيفة رحمه الله ان الجناية وقعت على ملك الراهن من كل وجه الا أنه لا ينفرد بالاستيفاء لما فيه من اسقاط حق المرتهن فاذا رضي سقط حقه واذا اقتص سقط الدين لان القصاص لا يصلح بدلا عن المالية فصارت المالية هالكة في المرتهن فيسقط الدين وعلى قوله يشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه نوع اشكال وهو ان الاستيفاء قد تم بالهلاك فكيف يعتبر رضاه لسقوط حقه والجواب عنه ان الاستيفاء وان تم بالهلاك لكنه غير مقرر لاحتمال العود اما بالصلح أو بدعوى الشبهة في القتل فيصير خطأ (قوله واذا قتل ولي المعتوه) أي قريبه فلابيه أي لاب المعتوه اذا قتل ابن المعتوه فلاب المعتوه وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص

منه وقوله (واذا قتل ولي المعتوه) يعني ابنه (فلابيه) وهو جد المقتول الاستيفاء

القصاص لان وجوب القيمة أنفع له لانه يحكم بحريته وحرية أولاده اذا أدى بدل الكتابة من قيمته اهـ والمراد اذا كان في الفائت ما ليقتدى لا يخالف مذهبنا على ما سبق

(لانه من) باب (الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها) أى الى النفس (وهو تشفى الصدر فيليه كالانكاح) ولا يتوهم ان كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح دون القصاص لانه شرع للتشفى وللاب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفى كالحاصل للابن بخلاف الاخ (وله) أى لولى المعتوه (ان يصالح) لكن على قدر الدية فان نقص يجب كمال الدية لانه أنظر فى حق المعتوه وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه من الولاية على النفس وقوله (لانه ليس له ولاية على نفسه) أى نفس المعتوه (وهذا) أى الاستيفاء (من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق) يريد قوله والوصى بمنزلة الاب فى جميع ذلك وقوله (ان الوصى لا يملك الصلح) يعنى عن النفس وأما عما دونها فيملكه وقوله (وانه) أى المال (يجب بعقده) أى بعقد الوصى

لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفى الصدر فيليه كالانكاح (وله ان يصالح) لانه أنظر فى حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه (وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا) لما ذكرنا (والوصى بمنزلة الاب فى جميع ذلك الا انه لا يقتل) لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص فى الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفى كتاب الصلح ان الوصى لا يملك الصلح

(قوله لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفى الصدر فيليه كالانكاح) قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين فى هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فاقول ليس هذا بشئ لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولى أقرب منه فاذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لان من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والانثى فى ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخى فى مختصره الى هنا لفظ الغاية * أقول ما نسبه الى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواه ورده عليهم مردود فانه ناشئ من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح لان معنى المقام انه اذا قتل أحد من كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان لابى المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كما له ولاية انكاح المعتوه والصبى ومراد الشراح التنبيه على أن ليس كل من يملك نكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الاخ مثلا يملك انكاح المعتوه والصبى ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما بخلاف الاب فانه يملكهما معا وبينوا وجه الفرق بان القصاص شرع للتشفى وللاب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفى كالحاصل للابن بخلاف الاخ فقول صاحب الغاية لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن ان أراد به انه يملك ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليله بقوله لان من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا مساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا فى ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون أن يستحق القصاص بنفسه أصالة وهو معنى المسئلة التى نحن فيها كما يفصح عنه جدا عبارة المحيط البرهانى فانه قال فيه واذا وجب القصاص لصغير أو معتوه فى النفس أو فيما دون النفس وله أب ولا حق للاب فى هذا القصاص فان الاب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا للشافعى اه وان أراد بذلك ان الاخ يملك ذلك نيابة عن الغير أيضا وان لم يستحقه بنفسه أصالة فهو ممنوع جدا ولم أر فى شئ من كتب الفقه أن أحدا ذهب اليه وقال به والدليل الذى ذكروه فى الفرق بين الاب وغيره هنا يقتضى خلاف ذلك قطعا (قوله وله ان يصالح لانه أنظر فى حق المعتوه) قال جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية أما اذا صالح على أقل

وولاية الصلح (قوله لانه من الولاية) أى لان استيفاء القصاص من الولاية على النفس فيليه كالانكاح ولكن كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص وذلك لان القصاص شرع لتشفى الصدر وللاب شفقة كاملة بعد ضرر الولد نفسه فلذلك جعل التشفى للاب كالحاصل للابن بخلاف الاخ وله ان يصالح لكن هذا فيما اذا صالح على قدر الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية (قوله لما ذكرنا) أراد به قوله لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وتشفى الصدر (قوله وهذا من قبيله) أى استيفاء القصاص من قبيل الولاية على النفس (قوله ويندرج تحت هذا الاطلاق) وهو قوله والوصى بمنزلة الاب فى جميع ذلك (قوله وفى كتاب الصلح أن الوصى لا يملك الصلح) أى عن

(قوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح دون القصاص) أقول قال الاتقانى قال بعض الشارحين فى هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فاقول هذا ليس بشئ لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن وكذا يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولى أقرب منه فاذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لان من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والانثى فى ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخى فى مختصره اه وفيه بحث لان ما ذكره فيما اذا قتل الاخ وكلام الشارحين فيما اذا كان الاخ المعتوه والاب حى (قوله لانه شرع للتشفى) أقول هذا تعليل لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص الخ

لانه تصرف فى النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفى وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو أولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصى الاستيفاء فى الطرف كما لا يملكه فى النفس لان المقصود متحد وهو التشفى وفى الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف فى المال والصبى بمنزلة المعتوه فى هذا والقاضى بمنزلة الاب فى الصحيح ألا ترى ان من قتل ولا ولى له يستوفيه السلطان والقاضى بمنزلته فيه

من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية اه وكذا ذكره الامام الزيلعى فى شرح الكنز وقال صاحب الغاية قال بعضهم فى شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد فى الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أبى المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية فينبغى أن يجوز الصلح على أقل من قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل فى القليل والكثير ألا يرى أن الكرخى قال فى مختصره واذا وجب لرجل على رجل قصاص فى نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس أو أرش الجراحة أو أكثر الى هنا لفظه أقول نظره ساقط فان لاصحاب التخريج من المشايخ صرف اطلاق كلام المجتهد الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به وله نظائر كثيرة فى مسائل الفقه فيجوز أن يكون الامر ههنا كذلك والظاهر أن الشراح أخذوا التقييد هنا من كلام مشايخنا المتقدمين من أصحاب التخريج ولا يبعد أن يصل بعض من أنفس الشراح أيضا الى تلك الرتبة فلا يقدح فيما قالوا اطلاق ظاهر لفظ محمد رحمه الله فى هذه المسئلة ثم ان قوله وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله والنفع يحصل فى القليل والكثير ممنوع فان فى القصاص تشفى الصدر وما دون الدية فى مقابلة تشفى الصدر لا يعد نفعا عرفا وولاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد أن يكون تصرفه فى حق المعتوه من قبيل ما يعد نفعا عرفا وعادة وأما تنويره بما ذكره الكرخى فى مختصره فليس بصحيح جدا فان الذى نقله عن مختصر الكرخى ما اذا كان المصالح صاحب حق القصاص بنفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز بلا ريب اذ له اسقاط حقه بالكلية بلا أخذ عوض عنه أصلا فتركه بمقابلة مال وان قل أولى بخلاف ما نحن فيه فان المصالح هنا ولى صاحب حق القصاص وهو أبوه لا نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا بد فى تصرفه من النظر لمن له الحق لكون ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا أيضا عدم الفرق بين التصرف لنفسه أصالة وبين التصرف لغيره نيابة ثم أقول بقى شئ فى أصل الدليل الذى ذكره المصنف بقوله لانه أنظر فى حق المعتوه من القصاص وهو أن الصلح على مال اذا كان أنظر فى حق المعتوه من القصاص كان ينبغى أن لا يملك الاب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند امكان المصالحة على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعى ما هو الانظر له ويمكن أن يجاب عنه بان كون الولاية نظرية لا يستدعى وجوب العمل بما هو الانظر لان فى خلافه أيضا حصول أصل النظر بل انما يقتضى أولوية العمل بذلك ولم ينف أحد أولوية المصالحة على المال فيما نحن فيه على أن كون المصالحة أنظر فى حق المعتوه من القصاص من كل الوجوه ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه أيضا ممنوعة فيجوز أن تكون المصالحة أنظر فى حقه من وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص أنظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن نفسه فانهم صرحوا بان المقصود بالقصاص تشفى

النفس على المال أما يملك الوصى الصلح عما دون النفس على المال لانه يملك استيفاءه فيملك صلحه على المال (قوله لما فيه من الابطال) أى ابطال حق المعتوه من القصاص والمال (قوله والصبى بمنزلة المعتوه فى هذا) أى اذا قتل قريب الصغير فلابيه ان يقتص وله ان يصالح وليس للوصى ان يقتص وذكر الامام التمرتاشى ولو قتل

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار الخ) اذا كان أولياء القتيل صغارا وكبارا فاما أن يكون فيهم الاب أولا فان كان فلهما الاستيفاء عند علمائنا رحمهم الله بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجههما ظاهر على ماذكر

ووجه أبي حنيفة رحمه الله مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين وله أنه حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة

الصدر أو دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما أشير اليه بقوله تعالى ولكم في القصاص حياة فحينئذ لا يلزم أولوية العمل بالمصالحة رأسا فضلا عن وجوبه (قوله ومن قتل وله أولياء صغار وكبار) قال صاحبا النهاية والكفاية في شرح هذا المحل بان كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير أقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لان لفظ الاولياء في المشروح صيغة الجمع وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بان كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير ولا يساعده لفظ الاولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في التصوير أن يقال بان كان للمقتول أخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار وغاية ما يمكن في توجيه كلام ذينك الشارحين أن يقال ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته بل مقصودهما مجرد تصوير المسئلة على وجه يتضمن الاشارة الى أنه لا احتياج في تحقق مادة هذه المسئلة الى تحقق معنى الجمعية لا في جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين أيضا (قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين) قال صاحب النهاية في شرح قوله أو كان بين المولين أي وأحدهما غائب واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال * أقول ليس هذا بشرح صحيح عندي اذ لو كان مراد المصنف هذا المعنى لكان ذكر قوله أو كان بين المولين مستدركا محضا اذ يتناوله حينئذ قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب فيستغني عن قوله أو كان بين المولين وأيضا لو كان مراده ذلك لما قدم قوله وأحدهما غائب على قوله أو كان بين المولين بل كان عليه أن يؤخر قوله وأحدهما غائب عن ذلك ليتعلق بمجموع القولين فلا يحتاج الى التقدير في الثاني والصواب في شرح قوله أو كان بين المولين أن يقال أي وأحدهما صغير اذ لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوليه المزبورين اشارة الى مسئلة مستقلة مغايرة للاخرى ويوافقه صريح ماذكر في المبسوط فانه قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة المولين فيما اذا كان العبد مشتركا بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق اه تبصر (قوله وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة) أقول في تمام الاستدلال بعدم تجزي سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزي القصاص نفسه خفاء فان العقل لا يجد محذورا في كون السبب بسيطا والمسبب مركبا كيف والظاهر أن القرابة التي لا تتجزى كما أنها سبب لاستحقاق ولي القتيل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضا لاستحقاقه الدية في القتل الخطأ مع أنه لا شك أن الدية تتجزى لانها مال والمال متجز بلا ريب فالاظهر في بيان كون القصاص

عبد اليتيم لم يكن للوصي ان يقتص ولو كان الاب حيا له ان يقتص وله ان يصالح (قوله ومن قتل وله أولياء صغار وكبار) بان كان للمقتول اخوان أحدهما صغير والآخر كبير (قوله لعدم التجزي) لانه تصرف في الروح وذا لا يقبل الوصف بالتجزي (قوله أو كان بين المولين) أي أحدهما صغير أو كبير غائب فان كان

ثابتا ساقطا وهو محال) أقول ان أراد كان ثابتا في حق غير العافي ساقطا في حقه فاستحالته ممنوعة وان أراد كان ثابتا مطلقا ساقطا كذلك فلا نسلم لزومه من عدم السقوط في حق غير العافي فيجوز أن يسقط في حق العافي وثمرته أنه لا يقدر بعد العفو على القصاص ويثبت في حق غيره ولعل الاظهر أن يقال لما كان الحق واحدا وسقط في حق العافي أورث الشبهة في حق الباقي لما أنه واحد فكان ثابتا من وجه ساقطا من وجه وما هو كذلك ففيه شبهة عدم الثبوت والشبهة تؤثر في سقوط القصاص

واحتمال

فانه في الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير مأيوس حال الاستيفاء فانتفى الشبهة واذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة يثبت لكل واحد كملا كالولاية في الانكاح واعترض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو أحدهما كما لو تعدد القتيل وعفا أحد الاولياء فان لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة وأجيب بان الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب مالا نظرا للجانبين بخلاف ما اذا تعدد القتيل فان الحق ثمة متعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره

(قوله فاما أن يكون فيهم الاب) أقول أي أب المقتول أو أب الصغير (قوله لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة) أقول كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة (قوله واعترض بانه لو كان كذلك) أقول أي لو ثبت لكل واحد كملا (قوله وأجيب بان الحق واحد فلو لم يسقط كان

واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة قال (ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان أصابه بالحديد قتل به وان أصابه بالعود فعليه الدية) قال رضي الله عنه وهذا اذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان أصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن أبي حنيفة اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان وأما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف أبي حنيفة

حقا لا يتجزى ماذكر في الكافي ومعراج الدراية أثناء تقرير دليل الامامين وهو أن القتل غير متجز لانه تصرف في الروح وذا لا يقبل التجزي ثم ان بعض الفضلاء طعن في قولهم هنا أن سبب القصاص هو القرابة حيث قال كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة اه أقول نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة أيضا كما صرحوا به مع أن السبب في الزوج والزوجة هو الزوجية وفي المعتق والمعتقة هو الولاء دون القرابة الا أن الظاهر أن قولهم ههنا وهو القرابة اما بناء على التغليب لكون أولياء القتيل في الاكثر قرابته واما بناء على أنهم أرادوا بالقرابة ههنا الاتصال الموجب للارث دون حقيقة القرابة فيعم الكل (قوله واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما في ولاية الانكاح) قال الشراح وجه أبي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والكبار الغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فان العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز أن يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر به فلو استوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز وأما العفو في الصغير فمأيوس حال استيفاء القصاص لانه ليس من أهل العفو وانما يتوهم العفو منه بعد بلوغه والشبهة في المآل لا تعتبر لان ذلك يؤدي الى سد باب القصاص لاحتمال أن يندم ولي المقتول على قتله وقال في النهاية كذا في مبسوط شيخ الاسلام والجامع الصغير للامام المحبوبي أقول لقائل أن يقول اذا لم يكن للغائب شعور أصلا بكون قريبه مقتولا بان كان في مسيرة سنة مثلا من موضع القتل فاني يتوهم منه العفو في الحال اذ العفو عن الشيء فرع الشعور به فحيث لا شعور به لا يتصور العفو عنه ومسئلة الغائب تعم مثل هذه الصورة أيضا فكيف يتم فيهما ماذكروا من التفرقة ثم أقول يمكن أن يدفع ذلك بانه يجوز أن يقول ذلك الغائب في ذلك الوضع في تلك الحالة أو قبلها كل حق يثبت لي على الغير فاني عفوته وبرئت منه فيندرج في هذه الكلية عفوه عن قتل قريبه أيضا ولا يلزم الشعور بخصوصه فهذا الاحتمال في صورة ان كان بعض الاولياء غائبا وان كان موهوما يورث شبهة في الحال فلا يستوفي القصاص بها بالاجماع ولعل حل هذا المقام بهذا الوجه مما لا بد منه وقد أهمله الجمهور (قوله ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف أبي حنيفة) أقول كان حق التحرير ههنا أن يقول وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الحكم المذكور فيما سبق في أصل المسئلة وجوب الدية عند الاصابة بالعود لا وجوب القود عند ذلك وخلاف أبي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثقل لا في وجوب الدية فيه فان وجوبها فيه عين

الشريك الكبير أب الصغير فله ان يستوفي خلافا للشافعي رحمه الله فعنده ليس للاب ولاية استيفاء قصاص الصغير (قوله ومسئلة المولين ممنوعة) ذكر في الاسرار لا رواية في عبد أعتقه رجلان ثم قتل أو قتل وله وليان ويجوز أن لا يثبت القتل لاحدهما الا اذا اجتمعا كما في انكاح أمة أعتقها رجلان أو قبل الاعتاق لان كل واحد منهما مالك النصف والولاية على الشخص لا تثبت الا بالكل والكل لا يثبت الا بمالكيه قاما مقام رجل واحد والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة وفي فوائد مولانا حميد الدين عبد بين موليين وأحدهما صغير قتل عمدا قال بعض مشايخنا عند أبي حنيفة رحمه الله له ولاية استيفاء القصاص (قوله اعتبارا منه للآلة) وهو الحديد فانه معد لذلك في الدنيا والآخرة قال الله تعالى وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد وهو القتل وقوله تعالى

وقوله (ومسئلة المولين ممنوعة) جواب عن قوله أو كان بين المولين وسند منعه ماذكر في الاسرار لا رواية في عبد أعتقه رجلان ثم قتل أو قتل وله موليان فيجوز أن يقال لا نسلم أن أحدهما لا ينفرد بالاستيفاء ولئن سلمنا فاحد المولين انما لم ينفرد بالاستيفاء لان السبب لم يكمل في حقه لان بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب أصلا فكانا كشخص واحد والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة وقوله (ومن ضرب رجلا بمر الخ) واضح

(قوله ولئن سلمنا فاحد المولين انما ينفرد بالاستيفاء) أقول فيكون قوله انه حق لا يتجزى مخصوصا بما اذا لم يكن السبب القرابة كما لا يخفى (قال المصنف وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول فيه أن قضية المساق أن يقول وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد فليتامل (قال المصنف وهي مسئلة الموالاة) أقول فيه بحث بل تلك أعم منها فان القتل بالسوط قد يكون بدون الموالاة كما اذا ضرب صغيرا فمات منه وجوابه أن الضمير عائد الى خلافية الشافعية لا الى مسئلة القتل بالسوط مطلقا فافهم

على مانبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة له أن الموالاة فى الضربات الى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا مار وينا ألا ان قتيل خطا العمد و يروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد فى خلال الضربات فيعرى أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية قال (ومن غرق صبيا أو بالغا فى البحر فلا قصاص) عند أبى حنيفة وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي غير أن عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة

مذهب أبى حنيفة وانما الخلاف فيه لابى يوسف ومحمد وقصور تحرير المصنف هنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له أحد من الشراح لا من جهة القدح ولا من جهة التوجيه فكأنهم لم يتنبهوا له (قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه) قال صاحب النهاية وقوله لهم أى للشافعي ولهما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول اه وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال وقوله لهم أى لابى يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول اه أقول لا مساعدة فى عبارة المشروح لهذا المعنى لان المصنف أعاد لام التعليل فى المعقول حيث قال ولان الآلة قاتلة وذلك يقتضى أن يكون قوله ولان الآلة قاتلة الخ معطوفا على قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه فلم يبق فى حيز قوله لهم الا الحديث فلا مجال للتوزيع لانه انما يتصور أن لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضى أن يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا لا يكون الا بمشاركة مجموعهم فى كل واحد من الدليلين تأمل تقف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية اذ للشافعي الاستدلال بالحديث فى وجوب القصاص وفى الاستيفاء ولهما الاستدلال بالحديث فى وجوب القصاص ولم يعملا فى الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اه أقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد فى الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل بأحدهما دون الآخر مع كونه لا يخلو عن اشكال فى نفسه لا موجب له لان العمل به فى حق الاستيفاء انما يجب أن يترك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف أن لو ثبت تأخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه أو ثبت كونه أقوى منه وشئ منهما لم يثبت (١) لا يقال يكفى التعارض بينهما فانهما اذا تعارضا تساقطا لانا نقول لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على أن لا يستوفى القصاص الا بالسيف لان الساقط لا يصلح لان يتمسك به مع ان أئمتنا تمسكوا به فى ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما مر ثم أقول الاولى عندى فى توجيه المقام أن يقال الحديث حجة لابى يوسف ومحمد والشافعى كلهم الا ان الشافعى يبقيه على ظاهره فيحمل التغريق على حقيقته وأما الامامان فيحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التغريق فيصير معنى قوله عليه السلام غرقناه أهلكناه و يكون التعبير بغرقناه لمشاكلة قوله من غرق وانما يحملانه على ذلك توفيقا بين هذا الحديث و بين قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقرر فى علم الاصول انه اذا تعارض ظاهر النصين يطلب المخلص مهما أمكن فى التوفيق والجمع بينهما وههنا المخلص عندهما يتيسر

ولهم مقامع من حديد (قوله ولنا مار وينا ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا) ولا يقال انه محمول على عدم الموالاة لانا نقول بان اجراءه على اطلاقه أولى اذ فيه درء القصاص وهو مندوب اليه (قوله ومن غرق صبيا أو بالغا) ذكر محمد رحمه الله التغريق بالماء مطلقا وهو على ثلاثة أوجه ان كان الماء قليلا لا يقتل به غالبا لا يجب القصاص بالاتفاق وان كان الماء كثيرا الا انه يمكنه النجاة بالسباحة فهو شبه العمد عندنا وان كان الماء كثيرا ولا يمكنه النجاة بالسباحة كالبحر فهذا مسئلة الكتاب كذا فى بعض الفوائد (قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه) أى للشافعي رحمه الله ولهما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال

وكذا قوله (ومن غرق صبيا) و (كما بيناه) اشارة الى قوله يفعل به كما فعل ان كان فعلا مشروعا وقوله (لهم) أى لابى يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله

(قال المصنف لهم قوله عليه الصلاة والسلام من غرق غرقناه) أقول دليل الشافعي فلا يرد أن مذهبهما أن لا قود الا بالسيف (قال المصنف وله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا) أقول والخلاف فيه ثابت والمنشأ واحد فلذلك استدل به على مطلوبه تأمل

(١) قوله فى بعض النسخ زيادة كتبت بالهامش نصها ويمكن أن يقال ثبت كون قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف أقوى من قوله عليه السلام من غرق غرقناه عند أهل الحديث وقد أشار اليه المصنف فيما بعد بقوله وما رواه غير مرفوع تأمل اه منه

فاستعمالها

لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول وقوله (ولا مراء فى العصمة) أى لا شك فيها وقوله (ومنه المقصة للعلمين) الجلم الذى يجز به وهما جلمان وقوله (وما رواه غير مرفوع) لانه يلزم على قوله التحريق بالتحريق وهو منهى عنه قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا أحدا بعذاب الله (أو هو محمول على السياسة وقد أومت) أى أشارت (اليه) أى الى كونه محمولا على السياسة (اضافته الى نفسه) حيث قال غرقناه ولم يقل غرقوه وقوله (واختلاف الروايتين) مرفوع على الابتداء وقوله (فى الكفارة) خبره يعنى ان اختلاف الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله انما كان فى الكفارة فانه روى عنه ان لا كفارة فى شبه العمد وروى الطحاوى أن فيه الكفارة عنده وأما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد وقوله (لوجود السبب) يعنى سفك دم محقون على التأبيد عمدا (وعدم ما يبطل حكمه) يعنى من عفو أو شبهة وقوله (واذا التقى الصفان) ظاهر وقوله (أحد نوعى الخطا) يريد به الخطا فى القصد وقوله وكذا الدية) منصوب عطفا على الكفارة وقوله (على ما نطق به النص) يريد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا الآية وقوله (ولما اختلفت سيوف المسلمين) أى توالت روى أن سيوف المسلمين توالت على اليمان أبى حذيفة فى بعض الليالى فى غزوة الخندق فقتلوه على ظن أنه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية فوهبها لهم حذيفة وقوله (ومن شج نفسه) واضح وقوله (وفعله بنفسه

(١٦٥)

فاستعمالها أمارة العمدية ولا مراء فى العصمة وله قوله عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفى كل خطا ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص أثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثانى عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان فى حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد أومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهى على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين فى الكفارة قال (ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه فى الظاهر فاضيف اليه قال (واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن أنه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لان هذا أحد نوعى الخطا على ما بيناه والخطا بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبى حذيفة قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان فى صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال (ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبى ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا فى الدنيا والآخرة وفعله بنفسه

بحمل التغريق على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر (قوله وله قوله عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفى كل خطا أرش) أقول فى دلالة هذا الحديث على مدعى أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى مسئلة التغريق خفاء كما ترى ولم يتعرض أحد من الشراح لبيان وجه دلالته على ذلك والانصاف انه

بالمعقول أو للشافعي الاستدلال بالحديث فى وجوب القصاص والاستيفاء ولهما الاستدلال بهذا الحديث فى وجوب القصاص وفى الاستيفاء لم يعملا بهذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف (قوله وفيه وفى كل خطا ارش) تتمة الحديث (قوله وما رواه غير مرفوع) وهو من غرق غرقناه أو هو محمول على السياسة (قوله وقد أومت اليه اضافته) أى أومت الى الحمل على السياسة اضافة النبى عليه السلام فعل التغريق الى نفسه حيث قال غرقناه ولم يقل من غرق يغرق واختلاف الروايتين بالرفع وهو مبتدأ وقوله الكفارة خبره أى اختلاف الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله انما كان فى الكفارة لا فى الدية لان الدية واجبة من غير تردد وبالنصب لا يكاد يصح لانه لم يذكر اختلاف الروايتين فى الكفارة قبل هذا الا أن يكون مراده ذكره فى كتاب آخر أو مراده من اختلاف الروايتين اختلاف القولين وقد ذكر قبل هذا حيث قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد فى الضرب والكفارة لشبهه بالخطا وفى الايضاح بعد ما قال فى شبه العمد الكفارة وجدت فى كتب أصحابنا ان لا كفارة فى شبه العمد عند أبى حنيفة رحمه الله (قوله أحد نوعى الخطا) وهو الخطا فى القصد (قوله على ما نطق به نص الكتاب) وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله (قوله ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبى حذيفة) فى حرب

(قوله لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول) أقول ويجوز لهما الاستدلال بالحديث فى نفى وجوب الدية وأما القصاص بالتغريق فلم

يعملا به لوجود نص أقوى منه لا قود الا بالسيف ولا يلزم منه أن يكون متروكا بالكلية و يجوز للشافعي الاستدلال بالمعقول أيضا ففى التوزيع بحث كما لا يخفى (قال المصنف ومنه المقصة للجلمين) أقول قال الكاكى سميت المقصة مقصة لان كل واحد من الحديدين يماثل الآخر اه وفى شرح الشاهان لانه سوى بهما بين الثوب و بين المقطوع عنه الثوب اه ولعل هذا الوجه أولى لاسم المقصة تأمل (قوله وما رواه غير مرفوع لانه يلزم الى قوله أو هو محمول على السياسة وقد أومت) أقول فيه بحث وجوابه أن تتمة الحديث ومن حرق حرقناه ومن قتل عبدا قتلناه كذا فى فوائد حميد الدين الضرير ثم قوله غير مرفوع منع وقوله لانه يلزم الخ سند المنع وقوله أو هو محمول على السياسة منع آخر مع السند وقوله وقد أومت تتميم للسند (قال المصنف واختلاف الروايتين فى الكفارة) أقول قوله واختلاف مبتدأ وقوله فى الكفارة خبره

هدرفى الدنيا) يعنى فلم يكن معتبرا فى حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافى وقوله (يغسل و يصلى عليه) أثر كون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل و يصلى عليه صار كانه مات حتف أنفه بمرض من غير علة فى نفسه وقوله (ولا يصلى عليه) لان جنايته على نفسه معتبرة فصار كالباغى وقوله (فلم يكن هدرا مطلقا) متعلق بقوله هدر فى الدنيا معتبر فى الآخرة والباقى واضح

(فصل) لما فرغ من بيان المسائل التى توجب القصاص ألحق بها فصلا يشتمل على المسائل التى لها عرضية ايجاب القصاص وهى كلها من جنس واحد وكلامه واضح وقوله (أطل دمه) أى أهدر وقوله (والمعنى) أى ومعنى الوجوب (دفع الضرر) لان الواجب هو دفع الشر على أى وجه كان لاعين القتل وقوله (لما بينا) اشارة الى ماذكره من الحديث والمعقول (١٦٦)

هدر فى الدنيا معتبر فى الآخرة حتى يأثم عليه وفى النوادر ان عند أبى حنيفة ومحمد يغسل و يصلى عليه وعند أبى يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفى شرح السير الكبير ذكر فى الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبنا فى كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا آخر وفعل الاجنبى معتبر فى الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم

(فصل) قال (ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه) لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد فى الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفى سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا فى مصر أو نهارا فى طريق فى غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شئ عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كانت تلبث ولكن فى الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا فى النهار فى غير المصر فى الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا

لا يدل عليه دلالة اقناعية وان أمكن التوجيه ببعض من التمحلات ولعل هذا هو السر فى أن صاحب الكافى ترك التمسك بهذا الحديث ههنا بالكلية واكتفى بالدليل العقلى مع كون عادته أن يقتفى أثر صاحب الهداية فى وضع المسائل و بسط الدلائل

أحد وطئه المسلمون حربيا (قوله وفى النوادر عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله يغسل و يصلى عليه) هذا أثر كون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل و يصلى عليه صار كأنه مات حتف أنفه بمرضه من غير فعله على نفسه عندهما اما عند أبى يوسف رحمه الله فجنايته على نفسه معتبرة حتى لا يصلى عليه وصار بمنزلة الباغى ولو كان فعله هدرا أصلا كنهش الحية ولم يكن جناية مع كونه مقتولا حقيقة لكان شهيدا و يسقط غسله فلم يكن فعله هدرا مطلقا فكان جنسا آخر وفعل الاسد والحية هدر فى الدنيا والآخرة وفعل الاجنبى معتبر فى الدنيا والآخرة فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم بالصواب

(فصل) (قوله فقد أطل دمه) أى أهدر وقوله فعليهم وقوله فحق على المسلمين أن يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر أى انما وجب القتل لان دفع الضرر واجب (قوله وفى سرقة الجامع الصغير الخ) وانما ذكر هذه لزيادة بيان فيها اما اليس فى قوله ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه وهو قوله فلا شئ عليه وانما ذكر هذه لفائدة وهو أن من الجائز أن يجوز قتله وعليه الضمان كما فى قتل الجمل الصائل والاكل من مال الغير حالة المخمصة فقال فلا شئ عليه لدفع هذا الوهم (قوله لما بينا) اشارة الى ماذكر من

(قال المصنف ولا يصلى عليه) أقول قال الكاكى وهذا أثر كون فعله معتبرا فى حق نفسه لانه صار باغيا على نفسه اه فالباغى لا يصلى عليه

(فصل ومن شهر) (قوله ألحق بها فصلا يشتمل على المسائل التى لها عرضية ايجاب القصاص) أقول وهو قتل المشهور عليه يوجب القصاص ان لم يثبت ما ادعاه من سل السيف عليه بالبينة (قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر الحديث) أقول الحديث يدل على اباحة قتله دون وجوبه وكان المدعى ذلك ظاهرا (قوله ومعنى الوجوب دفع الضرر) أقول أى وجوب دفع الضرر فالمضاف مقدر (قال المصنف ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا فى المصر أو نهارا فى طريق غير المصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شئ عليه) أقول قال الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير فان شهر عليه عصا نهارا فى مصر فقتله المشهور عليه عمدا قتل به اه وفى شرح الجامع الصغير لقاضيخان رجل شهر سلاحا على رجل فى المصر ليلا أو نهارا أو فى غير المصر فقتله المشهور عليه عمدا لاشئ عليه لانه قتله لدفع الشر عن نفسه ودفع الشر مباح أو واجب وان شهر عليه عصا فى المصر نهارا فقتله المشهور عليه بالحديد عمدا قتل لانه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لان العصا تلبث وفى المصر يلحقه الغوث بالنهار بخلاف السلاح لانه لا يلبث و بخلاف المفازة أو كان فى المصر ليلا لانه لا يلحقه الغوث وان كان الخشب أو الحجر عظيما لا يلبث فهو بمنزلة السلاح فى هذا الحكم

فالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما قال (وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية فى ماله) وقال الشافعى لاشئ عليه وعلى هذا الخلاف الصبى والدابة وعن أبى يوسف انه يجب الضمان فى الدابة ولا يجب فى الصبى والمجنون للشافعى انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابى يوسف ان فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان أما فعلهما معتبر فى الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال (ومن شهر على غيره سلاحا فى المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص) معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال (ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شئ عليه) لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا فى الابتداء فكذا استردادا فى الانتهاء وتاويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله أعلم

(باب القصاص فيما دون النفس)

قال (ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص ومالا فلا وقد أمكن

(باب القصاص فيما دون النفس)

لما فرغ من بيان القصاص فى النفس شرع فى بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل (قوله لقوله تعالى والجروح قصاص) أى ذات قصاص كذا فى التفاسير والشروح قال الزيلعى فى شرح الكنز

الحديث والمعقول فان قيل قوله فى الحديث فقد أطل دمه يدل على الاباحة فقط فكيف يتمسك به على الوجوب قلنا لما أهدر دمه صار ملحقا بالكافر الحربى المحارب فيكون قتله واجبا لكن لا لعين القتل بل لدفع الضرر حتى لو أمكن دفعه بغير القتل لا يجوز قتله والدليل على أن قتله واجب أن المباح ما استوى طرفاه ولا يأثم التارك بتركه وههنا لو ترك المشهور عليه قتل الشاهر مع امكانه يكون آثما فدل أنه واجب (قوله فاشبه المكره) صورته أن رجلا أكره غيره بالسلاح على أن يقتله وتحقق عند المكره أنه لو لم يقتله لقتله هو فقتله فلا شئ عليه ولا يقال بان عند الشافعى رحمه الله يجب القصاص على المكره فكيف يصح الاستدلال لانا نقول انما يجب القصاص عنده على المكره اذا كان المقتول غير المكره فاما اذا أكرهه المكره على قتل المكره فقتله فلا رواية فيه و يحتمل أن لا يجب القصاص عنده ههنا لان المكره أسقط عصمة نفسه بالاكراه فلا يجب القصاص بقتله بخلاف ما اذا كان المقتول غير المكره لان المقتول ثم معصوم فافترقا (قوله ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما) أى على الشاهر وهو الصبى والمجنون (قوله فضربه ثم قتله) أى ضربه المشهور عليه فعلى القاتل القصاص هذا اذا ضربه الاول وكف عن الضرب على وجه لا يريد ضربه ثانيا لانه لما شهر حل دمه دفعا لشره فلما لم يقتله وكف عنه اندفع شره وعادت عصمته فاذا قتله فقد قتل شخصا معصوما من غير دفع ضرر فلزمه القصاص (قوله قاتل دون مالك) أى لاجل مالك (قوله وتاويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل) أما اذا أمكنه بطريق آخر كالتهديد والصياح عليه يكون القتل مضمونا والله أعلم

(باب القصاص فيما دون النفس)

(قوله والجروح قصاص) أى ذات قصاص فى شرح الاقطع فاقتضت الآية ثبوت القصاص فيما دون النفس وفى الايضاح فصار القصاص فيما دون النفس مشروعا بهذه الآية والمماثلة معتبرة من حيث سلامة

وقوله (وعلى هذا الخلاف الصبى والدابة) يعنى اذا صالا على انسان فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة وقوله (فاشبه المكره) يعنى ان المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره أضيف التلف الى المكره فكذلك المصول عليه وقيل معناه فاشبه المكره يعود على المكره فيقتله وقوله (قاتل دون مالك) أى لاجل مالك وقوله (فكذا استردادا فى الانتهاء) لانه أسهل من الابتداء والله أعلم

(باب القصاص فيما دون النفس)

(قوله فقتل المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة) أقول الاولى قطع الكلام عند قوله عمدا أو يتممه بقوله وعند الشافعى لاشئ عليه كما لا يخفى (قوله يعنى أن المكره لما صار مسلوب الاختيار الخ) أقول هذا الكلام على هذا التقرير كلام الزائغ من الشافعى والا فعنده يجب القصاص على المكره والمكره كما مر (قال المصنف وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر) أقول دفع الشر واجب كما مر فينبغى أن يراد بالمبيح ما يعم الموجب (قال المصنف فتجب الدية) أقول لان أثر الاضطرار فى دفع الاثم والقصاص دون الضمان كالمضطر اذا أكل مال الغير

(قوله لانه أسهل من الابتداء) أقول فيه شئ اذ ليس هذا المقام محل ذلك الكلام *(باب القصاص فيما دون النفس)*

لما فرغ من بيان القصاص فى النفس أتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص فى الاطراف وكلامه واضح قوله (ولا معتبر بكبر اليد وصغرها) لان منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ولا ترد الشجة الموضحة اذا أخذت مابين قرنى المشجوج ولم تاخذ من الشاج لكبر رأسه فان الكبر قد اعتبر وخير المشجوج بين القصاص بمقدار شجته وبين أخذه أرش الموضحة لان المعتبر فى ذلك الشين وفى الاقتصاص بمقدارها يقل شين الشاج ويأخذ مابين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة فى القصاص صورة ومعنى فان شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته ومترك الصورة وان شاء أخذ أرشها وقوله (على ماقال فى الكتاب) يعنى القدورى وهو ماثور عن الصحابة رضى الله عنهم روى أن هذا حدث فى زمن عثمان رضى الله عنه فسال عنه الصحابة رضى الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شئ حتى جاء على رضى الله عنه فقضى بذلك وعمل عليه عثمان رضى الله عنه وكان بحضرمن الصحابة (١٦٨) رضى الله عنهم قوله (لما تلونا) اشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفى بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله وهو ينبئ عن المماثلة وقوله (ولا قصاص فى عظم الا فى السن وهذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما) فان كان السن عظما فالاستثناء متصل ولابد من فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو امكان القصاص فيها بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها أو الى أصلها ان قلعها ولا يقلع

(قوله بما هو بمنزلة التبع) أقول انما قال بمنزلة التبع لان القصاص فى الاطراف ليس بتابع للقصاص فى النفس عندنا حقيقة على ما يجىء فى هذا الدرس قال المصنف (لقوله تعالى والجروح قصاص) أقول قال الزيلعى أى ذو قصاص وقال البرهان النسفى فى تفسيره القصاص هنا مصدر يراد به المفعول أى والجروح متقاصة بعضها ببعض

فى القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه) لامتناع المماثلة فى القلع وان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ماقال فى الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو ماثور عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم قال (وفى السن القصاص) لقوله تعالى والسن بالسن (وان كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر) لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال (وفى كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص) لما تلونا قال (ولا قصاص فى عظم الا فى السن) وهذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص فى العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة فى غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من أصله يقلع الثانى فيتماثلان

أى ذو قصاص أقول لا وجه لتذكيره اذ الابتحمل ركيك لا ينبغى أن يرتكب بلا ضرورة سيما فى تفسير القرآن العظيم (قوله ولو قلع من أصله يقلع الثانى فيتماثلان) قال صاحب الكافى وعامة شراح الكتاب فى هذا المقام ولو قلع السن من أصله لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما تفسد به لثاته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع أصل السن وعزاه الشراح الى المبسوط أقول أسلوب تحريرهم ههنا محل تعجب

الاجزاء ولفظ القصاص ينبئ عن هذا (قوله لامتناع المماثلة فى القلع) لانها اذا قورت فقد تعذر اعتبار المماثلة لانه ليس له حد معلوم ومن الجائز أن يكون الثانى زائدا (قوله وهو ماثور عن جماعة من الصحابة) هذه حادثة وقعت فى زمن عثمان رضى الله عنه فسأل الصحابة عنها فلم يكن عندهم جواب فحضر على رضى الله عنه فسأله فاجاب بهذا فقضى عثمان بهذا ولم ينكر أحد من الصحابة رضى الله عنهم فصار اجماعا منهم (قوله ولا قصاص فى عظم الا فى السن) هذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص فى العظم والمراد غير السن لقوله تعالى السن بالسن يؤخذ الثنية بالثنية والناب بالناب والضرس بالضرس والاعلى بالاعلى والاسفل بالاسفل لما فى خلاف ذلك من الاخلال بالمماثلة وبين الاطباء كلام فى السن أنه عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من ينكر كون السن عظما لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة فعلى هذا الاحاجة الى الفرق بينه وبين سائر العظام متى ثبت أنه ليس بعظم ولئن قلنا انه عظم ففى سائر العظام لتعذر اعتبار المساواة لا يجب القصاص وذلك لا يوجد ههنا لانه يمكن أن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذا اذا قلع السن فانه لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما يفسد به الثانية ولكن يبرد بالمبرد الى موضع

(قوله ولم يأخذه من الشاج لكبر رأسه) أقول الضمير فى قوله يأخذه راجع الى ما فى قوله مابين قرنى المشجوج وضمير رأسه راجع الى الشاج (قوله لان المعتبر فى ذلك الشين الخ) أقول هذا تعليل لقوله ولا ترد الشجة الخ تقريره لان المعتبر فى ذلك الشين اذ ليس فيه تفويت المنفعة الى آخر ما قال ويجىء من المصنف فى هذا الدرس أن الشجة موجبة لكونها مشينة وبخلاف اليد فان الشين لا يتفاوت فى اليد اذا قطعت (قال المصنف تحمى له المرآة) أقول استئناف ببيانى الاحماء كرم كردن (قوله وهو اشارة الى قوله وهو ينبئ عن المماثلة) أقول بل اشارة الى المجموع كما لا يخفى (قال المصنف ولا قصاص فى عظم الا فى السن) أقول اختلف الاطباء فى السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من ينكر أنه عظم لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل ومنهم من قال هو عظم وكانه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن

لتعذر المماثلة فربما تفسد به لثاته كذا فى المبسوط وان كان غير عظم كما أشار اليه قوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص فى عظم حيث لم يستثن السن فالاستثناء منقطع وقد اختلف الاطباء فى ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكانه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله (وليس فيما دون النفس شبه عمد) قد ذكره مرة لكنه قد ذكر هنالك أنه عمد وههنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الاول على أن المراد به ان أمكن القصاص وذلك لان شبه العمد اذا حصل فيما دون النفس وأمكن القصاص جعل عمدا روى أن الربيع عمة أنس بن مالك رضى الله عنه كسرت ثنية جارية من الانصار بلطمة فامر النبى صلى الله عليه وسلم بالقصاص واللطمة اذا أتت على النفس لا توجب القود وان لم يمكن القصاص جعل خطأ ووجب الارش وقوله (ولا قصاص بين الرجل والمرأة) ظاهر وقوله (الا فى الحر يقطع طرف العبد) يعنى لا يجب القصاص فيه عنده أيضا والشافعى رحمه الله أخذ بقول ابن أبى ليلى وسلك فى الباب طريقا سهلا وهو اعتبار الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجرى القصاص بين الرجال والنساء (١٦٩) فى النفوس فكذلك فى الاطراف لكونها تابعة لها

(قوله فيحمل الاول على أن المراد به الخ) أقول فيه بحث بل الاول محمول على ما اذا تعمد وانما سقط القصاص فى بعض المواضع لتعذر المماثلة وذلك لا يخرج عن العمدية كما اذا قتل الاب ابنه عمدا والثانى ما يعم التعمد وغيره فتدبر اذ الضمير فى قوله انما هو عمد أو خطأ عائد الى ما فيما دون النفس من الجناية لا الى شبه عمد كما لا يخفى فلا يخالف الثانى الاول اذ ليس الموضوع فيهما واحدا ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر بان يقال ليس الموضوع فى الموضعين واحدا فانه فى الاول شبه العمد وهنا ما يوجد فيما دون النفس من الجناية مطلقا فلا يخالفه حتى يحتاج الى التلفيق وعدم جريان القصاص فى بعض صور التعمد لا يخرج الجناية عن العمدية

قال (وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ) لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذى يختلف باختلافها دون مادون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطا (ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين) خلافا للشافعى فى جميع ذلك الا فى الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها

فان أحدا منهم لم يتعرض لما ذكر فى الكتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذكروا المسألة على خلاف ما ذكر فى الكتاب وكان من دأب الشراح التعرض لما فى الكتاب اما بالقبول واما بالرد فكانهم لم يروه أصلا نعم القول الذى نقلته ههنا عن المصنف غير مذكور فى بعض النسخ لكنه واقع فى كثير من النسخ ليس بمثابة أن لا يطلع عليه أحد من الشراح كيف وقد أخذه صاحب الوقاية فذكره فى متنه حيث قال ولا قود فى عظم الا السن فتقلع ان قلعت وتبرد ان كسرت وكان ماخذه فى الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبه وكذا ذكر فى كثير من المتون ثم ان التحقيق ههنا هو أنه اذا قلع سن غيره هل يقلع سنه قصاصا أم يبرد بالمبرد الى أن ينتهى الى اللحم فيه روايتان كما أفصح عنه فى المحيط البرهانى حيث قال ان كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر وهذا بالاتفاق وان كانت الجناية بقلع سن ذكر القدورى أنه لا يقلع سن القالع ولكن يبرد سن القالع بالمبرد الى أن ينتهى الى اللحم ويسقط الباقى واليه مال شمس الائمة السرخسى وذكر شيخ الاسلام فى شرحه أنه يقلع سن القالع واليه أشار محمد رحمه الله فى الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزع والنزع والقلع واحد وفى الزيادات نص على القلع الى هنا لفظ المحيط

(قوله وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطا) قال صاحب العناية قد ذكره مرة لكنه ذكر هنالك أنه عمد وههنا أنه عمد أو خطا فيحمل الاول على أن المراد به ان أمكن القصاص انتهى أقول يرد عليه أن

أصل السن (قوله ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين) أى فيما دون النفس (قوله ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال) لان الاطراف خلقت وقاية للانفس كالمال وعن عمران بن حصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا الى رسول الله عليه السلام فلم يقض بالقصاص فعلم أنه لا قصاص فى الطرف فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربى والمستأمن والنص العام اذا خص منه شئ يجوز تخصيص

فانه لمانع كما اذا قتل الاب ابنه عمدا فليتأمل (قوله وان لم يمكن القصاص جعل خطأ) أقول بل عمد وسقوط القصاص لمانع (قال المصنف ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس الخ) أقول قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص الحربى منه والمستأمن والنص العام اذا خص منه شئ يجوز تخصيص الباقى بخبر الواحد فخصصناه بما روينا انتهى وفيه أنه يجوز أن يكون خروجهما من هذا الحكم بالنسخ فتأمل ثم قوله فخصصناه بما روينا أراد به ما روى عن عمران بن الحصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض عليه الصلاة والسلام بالقصاص كذا ذكر فى الكفاية ونحن نقول لا يخفى أن هذا لا يكفى لتخصيص مواضع النزاع فالمناسب ل القياس

(ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة وهو) أى التفاوت (معلوم قطعا بتقويم الشرع) فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعا ويقينا ولا تبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان بالحزر والظن فلا تكون مساوية ليد الحر يقينا فاذا كان التفاوت معلوما قطعا أمكن اعتباره (بخلاف التفاوت فى البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله) فان قيل ان استقام فى الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لامكان التساوى فى قيمتهما بتقويم المقومين وأجيب بان التساوى انما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا تثبت بذلك كالمماثلة فى الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فان قيل سلمنا وجود التفاوت فى البدل وأنه لا يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل

ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت فى البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب القصاص فى الاطراف بين المسلم والكافر) للتساوى بينهما فى الارش

مراد المصنف لو كان ذلك لما تم ماذكره صاحب العناية فى شرح كلام المصنف هناك بان قال يعنى ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطا فان مقتضى ذلك الشرح أن لا يكون بين كلامى المصنف فى المقامين فرق كما لا يخفى ثم أقول التحقيق أن ماذكره المصنف ههنا عبارة القدورى وماذكره فيما سبق عبارة نفسه وان لكل واحدة من العبارتين معنى مغاير المعنى الاخرى فان ما سبق هكذا وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها ومعناه أن ما يكون شبه عمد فى النفس وهو تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح عند أبى حنيفة وبما لا يقتل به غالبا عند أبى يوسف ومحمد والشافعى فهو عمد فيما سوى النفس سواء أمكن القصاص به أو لم يمكن لمانع يمنع عنه فان سقوط القصاص لمانع يقع فى القتل العمد فى النفس كما اذا قتل الاب ابنه عمدا أو كما اذا ورث الابن قصاصا على أبيه فلان يقع فى العمد فى الاطراف أولى ومعنى قوله ههنا انما هو عمد أو خطأ أن الذى كان فيما دون النفس عمدا أو خطأ لا أن شبه العمد عمد أو خطأ فان ضمير هو فى قوله انما هو عمد أو خطأ راجع الى ما كان فيما دون النفس لا الى شبه عمد اذ لا مجال لان يكون شبه العمد خطأ لا فى النفس ولا فى الاطراف لان تعمد الضرب معتبر فى مفهوم شبه العمد ولا يتصور ذلك فى الخطأ فاذا كان معنيا الكلامين فى المقامين مختلفين بالوجه الذى ذكرناه فلا احتياج الى توجيه ما سبق بان المراد به ان أمكن القصاص بل لا وجه له كما تحققته مما قدمناه تبصر (قوله ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة) قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والاذن بالاذن مطلق

الباقى بخبر الواحد فخصصناه بما روينا (قوله فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة) الاصل فى جريان القصاص فيما دون النفس اعتبار المماثلة فى الفعل والمحل المأخوذ بالفعل لان المماثلة فى ضمان العدوان منصوص عليه فيجب اعتبارها فان قيل التفاوت يمنع استيفاء الكامل بالناقص ولا يمنع استيفاء الناقص بالكامل فان اليد الشلاء تقطع بالصحيحة اذا رضى صاحب الحق بالنقصان قلنا شرع القصاص فى الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد عن طرف الحر والذكر منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوى فى الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمتنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذا رضى به صاحب الحق فان قيل يشكل بما اذا قطع عبد يد عبد وقيمتهما سواء ومع ذلك لا يجرى القصاص عندكم قلنا لان طريق معرفة القيمة بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا تثبت بطريق الظن والحزر (قوله وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع) فان

فالجواب أنا قد ذكرنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغى أن لا يعتبر فيما نسلك به مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا فى المنفعة تنتفى به المماثلة ينبغى أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم أن يكون باذلا للزيادة فى الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص

(قوله فالجواب أنا قد ذكرنا أن الاطراف) أقول وأجاب فى الكفاية بان شرع القصاص فى الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد عن طرف الحر والذكر منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوى فى الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمتنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذا رضى به صاحب الحق انتهى وكلامه وكلام الشيخ أكمل الدين محل كلام فتأمل ثم اعلم أن فى ألفاظ الكفاية نوع خفاء يحتاج الى البيان فنقول قوله باعتبار الاصل أى القيمة وقوله منع شرع القصاص الخ يعنى كالاموال الربوية اذا قوبلت بجنسها والمساواة فى القدر غير معلومة وقوله وان كان التساوى فى الاصل ثابتا أى باعتبار القيمة وقوله والتفاوت باعتبار أمر عارض أى كالشلل والصحة (قوله فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعا مطلقا والشلل ليس منه) أقول أى ليس من التفاوت المالى (قوله لئلا يلزم أن يكون باذلا) أقول يعنى لقطع الشلاء ألزم القاطع بذل الزيادة فى يده الصحيحة اذا أوجبنا القطع (قوله للزيادة فى الاطراف) أقول على تقدير رضا القاطع بالقصاص وأما بدون رضاه فلا مجال

لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البدل بالاطراف والباقى ظاهر (قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد) كالمواضع

قال (ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه) لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضى الثانى الى الهلاك ظاهرا قال (واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شئ له غيرها وان شاء أخذ الارش كاملا) لان استيفاء الحق كملا متعذر فله أن يتجوز بدون حقه وله أن يعدل الى العوض كالمثلى اذا انصرم عن أيدى الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضى به فيسقط حقه كما اذا رضى بالردىء مكان الجيد (ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجنى عليه أو قطعت ظلما فلا شئ له) عندنا لان حقه متعين فى القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الارش لانه أوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى

يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربى والمستامن والنص العام اذا خص منه شئ يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روى عن عمران بن حصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص انتهى أقول فيه نظر أما أولا فلانه قد تقرر فى علم الاصول أن النص العام اذا خص منه شئ بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنيا فى الباقى فيجوز تخصيصه بخبر الواحد وأما اذا أخرج من النص العام شئ بما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيا فى الباقى بل يكون باقيا على حالته الاولى ولا شك أن مخرج الحربى والمستامن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الاصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد وقد مناغير مرة نظير هذا النظر فى محاله وأما ثانيا فلان حديث عمران بن حصين انما يفيد عدم جريان القصاص فى الاطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيما بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد فبقى الاعتراض باطلاق الآية المذكورة فى هاتين الصورتين فلم يتم الجواب والصواب عندى فى الجواب أن يقال ان الآية المذكورة آية القصاص والقصاص ينبئ عن المماثلة فالمراد بما فى الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف فى تفسيرها تلك الآية من التنزيل حيث قال ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة وأشار اليه المصنف فى صدر هذا الباب حيث قال وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وأشار اليه ههنا أيضا حيث قال فينعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم تكن الآية المذكورة مجراة على ظاهر اطلاقها حتى يكون اطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه وكيف يتصور اجراؤها على ظاهر اطلاقها ولا قصاص فى العين اذا قلعها بالاجماع لعدم امكان المماثلة فى القلع وكذا الحال فى قطع

الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعا ويقينا ولا يبلغ قيمة العبد الى ذلك ولو بلغت انما يبلغ بالحزر والظن فلا يكون مساوية ليد الحر يقينا فينعدم التماثل (قوله لانه لا يمكن اعتبار المماثلة) لانه ليس له حد معلوم ومن الجائز أن يكون الثانى زائدا (قوله كالمثلى اذا انصرم عن أيدى الناس بعد الاتلاف) يعنى لم يبق منه الا ناقص الصفة كان المالك بالخيار ان شاء أخذه ناقصا وان شاء عدل الى القيمة كذا ههنا فيسقط حقه كما اذا رضى بالردىء مكان الجيد وقال الشافعى رحمه الله يضمنه لانه قدر على استيفاء البعض دون البعض فيستوفى ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه يضمنه ولنا أنه رضى باستيفاء الحق ناقصا والفائت كالوصف والوصف منفرد عن الاصل غير مضمون فسقط حقه فى الوصف (قوله فلا شئ له عندنا) وعند الشافعى رحمه الله له الارش لان عنده المال ضمان أصلى كالقود فاذا تعذر استيفاء القود تعين الآخر (قوله فصارت سالمة معنى) فان قيل يشكل بما اذا قطع القاطع يد نفسه بنفسه فلا يسقط حق المقطوع وان لم تسلم يد القاطع له معنى قلنا انما لم يسقط ثم وان لم توجد السلامة لمعنى آخر وهو أنه أتلف محلا تعلق به حق الغير فصار ضامنا كما فى العبد الرهن اذا أتلفه الراهن ونصاب الزكاة اذا أتلفه المالك بعد وجوب الزكاة فلا يكون قادحا لما

وقوله (لان حقه متعين فى القصاص) لانه لو زال الشلل قبل أن يستوفى الارش لم يكن له الا القصاص وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله أن الواجب أحد الشيئين اما القصاص أو الارش فاذا تعذر أحدهما لفوات محله تعين الآخر

للجبر لانه كالجبر بالغير الجيد فى مقابلة الردىء (قوله لانه اسقاط) أقول يعنى من المقطوع يده الصحيحة (قال المصنف وان شاء أخذ الارش) أقول هذا هو ظاهر الرواية وذكر الطحاوى عن على الرازى الكبير أنه قال لا يخير فان القصاص فيما دون النفس يعتمد المساواة فى المحل ولا ينظر الى الصغر والكبر كما فى اليد الكبيرة والصغيرة كذا فى شرح الكاكى وذكر الزيلعى الفرق فى شرح الكنز فى مسئلة قطع اليد وقال لم يعتبر هنا الكبر والصغر فى العضو واعتبر فى الشجة فى الرأس اذا كانت استوعبت رأس المشجوج وهى لا تستوعب رأس الشاج فانبت للمشجوج الخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص وأخذ بقدر شجته وانما كان كذلك لان ما يلحقه من الشين أكثر لان الشجة المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شينا من الشجة التى لا تستوعب قرنيه بخلاف قطع العضو فان الشين فيه لا يختلف وكذا منفعته لا تختلف فلم يكن له الا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه انتهى

قال (ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أي الجانبين شاء وان شاء أخذ الارش) لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير أيضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تاخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر) وعن أبي يوسف أنه اذا قطع من أصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض و ينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة (الا أن تقطع الحشفة) لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله أو بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

وقوله (ومن شج رجلا) قد ذكرناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع أكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله (وفي عكسه يخير أيضا) وهو أن يكون رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج لانه ان استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان أزيد في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين كان دون حقه فيتخير بين الاقتصاص وأخذ الارش والباقي الى آخره ظاهر

(قال المصنف لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط) أقول يعني لا لكونها مفوتة للمنفعة اذ ليس فيها تفويت المنفعة كما في قطع اليد ففيه اشارة الى الفرق بينهما فتامل

اليد أو الرجل من غير المفصل وكذا فيما اذا قطع الحر طرف العبد فظهر أن المدار في وجوب القصاص امكان المماثلة وان معنى النظم الشريف مصروف الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشئ من توهم الاطلاق ثم انه بقي في هذا المقام اشكال قوي ذكر في عامة الشروح وهو أن يقال سلمنا وجود التفاوت في القيمة في الاطراف وأنه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه أن يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس ألا يرى أن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل أيضا والشراح كانوا في طريق دفعه طرائق قددا فقال صاحب العناية فالجواب أنا قد ذكرنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي ما نعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر ما نعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة ينتفي به المماثلة ينبغي أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم أن يكون بذلا للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالاطراف انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان ما ذكره من أن التفاوت المالي يجب أن يعتبر ما نعا مطلقا وأما ما ليس تفاوتا ماليا بل موجبا للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر ما نعا من جهة الاكمل ولا يعتبر ما نعا من جهة الانقص تحكم بحت لان العلة التي أقامها على أن الثاني لا يعتبر من جهة الانقص وهي أنه اسقاط والاسقاط جائز في الاطراف دون البذل متمشية بعينها في

ذكرنا من المعنى (قوله ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه) أي ناحيتي رأسه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج لكون رأس الشاج أكبر من رأس المشجوج فاذا شج ما بين قرني الشاج مقدار شجته و يبقى قطعة مما بين قرنيه لا شجة فيه فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص مقدار شجته وان شاء أخذ الارش وحكى الطحاوي عن محمد بن العباس الدارمي ان له أن يستوفي ما بين قرني الشاج وان كان أوسع اعتبارا باليد فان الكبيرة تقطع بالصغيرة والجواب أن القصاص في الشجة انما يثبت لاجل الشين الذي يتعلق به لا لاجل المنفعة ولهذا لو برأت وعادت كما كان سقط الضمان والشين يزداد بزيادة الشجة والقصاص في اليد لتفويت المنفعة والصغيرة كالكبيرة فيها (قوله وفي عكسه يخير أيضا) أي لو كان رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج يخير أيضا لانه لو استوفى المشجوج مثل حقه في المساحة مما بين قرني الشاج كان هذا أزيد في الشين من الاول لان ثلث المساحة لم تاخذ ما بين قرني المشجوج لكبر رأسه وهي تاخذ ما بين قرني الشاج لصغر رأسه فيزداد في الشين وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين وان كان دون حقه في المساحة فيخير ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين وان كان دونه في المساحة (قوله للتعدي الى غير حقه) أي في مقدار الشين لا في قدر الشجة والله أعلم بالصواب

الاول أيضا اذ لا شك أنه كما يجوز للانسان اسقاط حقه في المنفعة يجوز له اسقاط حقه المالي أيضا بلا تفاوت بينهما فينبغي أن لا يعتبر التفاوت المالي أيضا ما نعا من جهة الانقص وأما ثانيا فلان كون الشلل مما لا يوجب التفاوت المالي ممنوع كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل قطعا فان الشرع جعل أرش اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل أرش اليد الشلاء حكومة عدل كما صرح به في الديات وأشار اليه صاحب الغاية ههنا أيضا حيث قال في أثناء تعليل المسئلة التي نحن فيها ولان أرش الاطراف مختلف فصارت كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع الاشكال المذكور قلنا نعم اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلت يعني يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما بصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو أن التفاوت اذا كان لمعنى حسي فان له الحق اذا رضي بالاستيفاء يجعل مبرئا البعض حقه مستوفيا لما بقي وذلك جائز ولهذا لا يستوفي الاكمل بالانقص وان رضي به القاطع لانه يكون بالرضا باذلا للزيادة ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء منها بطريق اسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول وفيه أيضا بحث اذ الفرق بين التفاوت الحسي و بين التفاوت الحكمي في استيفاء الانقص بالاكمل تحكم أيضا فانه اذا تقرر التفاوت بين الشيئين بالكمال والنقصان فصاحب الاكمل ان رضي بان يستوفي الانقص من صاحب الانقص بمقابلة الاكمل يصير مسقطا البعض حقه مستوفيا لما بقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت أمرا حسيا أو أمرا حكميا وأما صاحب الانقص فان رضي بان يستوفي منه صاحب الانقص الاكمل بمقابلة الانقص يصير باذلا لزيادة حقه بالضرورة أيضا بلا تفاوت بين كون سبب التفاوت حسيا أو حكميا والبذل في الاطراف غير جائز بلا خلاف وأما اسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الامور فلا مجال للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي واسقاط البعض و بذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور قلت لا نسلم أن اسقاط بعض الحق وبذل زيادته فرع التفاوت الحسي الحقيقي فان كثيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان فلا جرم يكون الرضا بالناقص منها عند استحقاقه الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون ايفاء الكامل منها بدل الناقص بذلا للزيادة كيف ولو سلم ذلك لزم أن لا يتم أصل دليل المسئلة التي نحن بصددها فان مدار ذلك على انعدام التماثل في الاطراف بتحقق التفاوت الحكمي بينهما وقال صاحب الكفاية في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد من طرف الذكر والحر منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذا رضي به صاحب الحق انتهى و يقرب من هذا رأي تاج الشريعة في الفرق بين المسئلتين أقول وفيه أيضا بحث لانه ان أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة بحسب الاصل ولا اعتبار للتفاوت بحسب أمر عارض يلزم أن يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالناقص وهو الاشل كما يجوز عكسه لانهما متساويان بحسب أصل الخلقة والتفاوت بينهما بحسب أمر عارض وهو الشلل مع أنه لا يجوز استيفاء الكامل بالناقص بلا ريب وان أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء الناقص بالكامل اذا رضي صاحب الحق به لرضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا لتحقق المساواة المعتبرة في شرع القصاص فمع اباء عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم أن يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل أيضا اذا رضي الرجل به لوجود رضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه في هاتيك الصورة أيضا مع أنه لا يجوز عندنا أصلا فافتأمل حق التأمل فلعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشكال عنه بالمرة مما تسكب فيه العبرات

(فصل) لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك فى فصل على حدة (اذا اصطلح القاتل وأولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان أو كثيرا زائدا على مقدار الدية) لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ

(فصـل) قال (واذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا) لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية على ماقيل نزلت الآية فى الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله أعلم الاخذ بالرضا على مابيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجرى فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضى والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل فى أمثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ماوجبت بالعقد قال (وان كان القاتل حرا وعبدا فأمر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان)

(فصل) قال فى العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك فى فصل على حدة انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان الصلح عن القصاص مسئلة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها لا يكفى فى اتباع جميع ماشمله هذا الفصل من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى وأما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها انما يقتضى مجرد اتباعه ذلك وتأخيره عنه لاذكره فى فصل على حدة فما معنى قوله فى تالى الشرطية المذكورة أتبعه ذلك فى فصل على حدة (قوله ولانه حق ثابت للورثة يجرى فيه الاسقاط عفوا فكذلك تعويضا) أقول لقائل أن يقول لا يلزم من جريان الاسقاط عفوا فى شئ جريانه تعويضا أيضا فيه ألا يرى أن للشفيع اسقاط حق شفعته بلا عوض بعد أن ثبت له حق الشفعة ولا يصح أن يصالح عن حق شفعته على مال كما مر فى كتاب الصلح فليتأمل فى الدفع (قوله واذا عفا أحد الشركاء من الدم أوصالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) أقول فى عبارة الكتاب ههنا فتور من وجوه الاول أن كلمة عفا تعدى بعن وقد عداها فى الكتاب بمن حيث قال من الدم والثانى أنه يقال صالح عن كذا على عوض وذكر فى الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال أوصالح من نصيبه على عوض والثالث أن عبارة النصيب فى قوله أوصالح من نصيبه توهم تجزى القصاص لان النصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر أن القصاص غير متجزئ فيثبت كملا لكل واحد من أولياء القتيل فالاظهر فى وضع هذه المسئلة أن يقال واذا عفا أحد الشركاء عن الدم أوصالح عن حقه على عوض سقط حق الباقين فى القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعبير بالنصيب انما أصاب المحز فى قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لان الدية متجزئة لكونها من قبيل الاموال فكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الارث وأما حق التعبير فى شأن القصاص فان يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما نبهنا عليه وعن هذا قال المصنف عند

(فصـل) (قوله نزلت الآية فى الصلح) تقدير الآية على قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد رضى الله عنهم فمن أعطى له على سهولة وأريد به ولى القتيل يقال خذما أتاك عفوا أى سهلا من أخيه أى من جهة أخيه المقتول شئ أى شئ من المال بطريق الصلح ويكره لانه مجهول القدر فانه مقدر بما تراضيا عليه فاتباع بالمعروف أى فله اتباع أى فلولى القتيل اتباع المصالح بالمعروف أى مطالبة ببدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة واداء اليه باحسان أى وعلى المصالح أداء الى ولى القتيل باحسان فى الاداء وقال جماعة وهو مروى عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضى الله عنهم الآية فى عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شئ فانه يراد به البعض وتقديره فمن عفى له وهو القاتل من أخيه فى الدين وهو المقتول شئ من القصاص بان كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من

الآية على ماقيل انها نزلت فى الصلح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو موافق للام فان عفا اذا استعمل باللام كان معناه البدل أى فمن أعطى من جهة أخيه المقتول شيأ من المال بطريق الصلح فاتباع أى فمن أعطى وهو ولى القتل مطالبة بدل الصلح عن مجاملة وحسن معاملة وانما قال على ماقيل لان أكثر المفسرين على أنها فى عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شئ فانه يراد به البعض وتقريره فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه فى الدين وهو المقتول شئ من القصاص بان كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروى عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضى الله عنهم فاتباع بالمعروف أى فليتبع غير العافى بطلب حصته بقدر حقه وليؤد القاتل اليه حقه وافيا من غير نقص ولقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان شاؤا قادوا وان شاؤا أخذوا الدية قال المصنف رحمه الله (والمراد والله أعلم الاخذ بالرضا على مابيناه) يعنى أنه ليس للولى العدول الى المال الا برضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقى ظاهر وقوله (نص مقدر) بكسر الدال وقوله (كالخلع وغيره) يعنى كالاعتاق على مال لان

(فصل) واذا اصطلح القاتل (قوله فانه يراد به البعض) أقول يوهم تجزى القصاص

وقوله (خلافا لمالك والشافعى رحمهما الله فى الزوجين) قال فى النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق فى القصاص والدية جميعا عندهما ونقل عن المبسوط والايضاح والاسرار مايدل على خلاف مالك فى الدية خاصة وان الشافعى يقول النساء لا تستوفى القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ماذكره فى الكتاب من أنه لاحظ للزوجين فى القصاص والدية عند مالك والشافعى

لان عقد الصلح أضيف اليهما (واذا عفا أحد الشركاء من الدم أوصالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعى فى الزوجين لهما أن الوراثة خلافة وهى بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت

تقرير دليلنا على هذه المسئلة ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزأ (قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعى فى الزوجين) قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق فى القصاص والدية جميعا عندهما ونقل عن المبسوط والايضاح والاسرار مايدل على أن خلاف مالك فى الزوجين فى الدية خاصة وأما فى حق القصاص ففيه خلاف ابن أبى ليلى فى الزوجين ونقل عن الاسرار أن الشافعى يقول لاحظ للنساء فى استيفاء القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ماذكره فى الكتاب من أنه لاحظ للزوجين فى القصاص والدية عند مالك والشافعى مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار أقول فيه نظر لان ماذكر فى الكتاب انما يكون مخالفا

الميراث فاتباع بالمعروف أى فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أى بقدر حقوقهم من غير زيادة وأداء اليه باحسان أى وليؤد القاتل الى غير العافى حقه وافيا غير ناقص وأريد بالمصدر فى قوله فاتباع وأداء اليه الامر بهذا الفعل كما فى قوله تعالى فتحرير رقبة وقوله من قتل له قتيل الحديث تمامه فاهله بين خيرتين ان شاؤا قادوا وان شاؤا أخذوا الدية كذا فى الاسرار والمراد والله أعلم الاخذ برضا القاتل لما بينا أن ليس لولى القتيل العدول عن القصاص الا برضا القاتل (قوله لان عقد الصلح أضيف اليهما) لان الواجب بدل عن القصاص والقصاص عليهما على السواء فيقسم البدل عليهما على السواء كرجلين اشتريا عبدا كان الثمن عليهما على السواء لان الثمن بدل العبد وقد ملكاه على السواء فبدله كذلك فان قيل يجب أن يكون الالف عليهما على قدر قيمتهما لانه بالصلح اشترى كل واحد منهما مادمه المستحق لولى القتيل كمن خالع امرأتيه على ألف درهم تقسم الالف عليهما على قدر قيمة بضعهما قلنا الالف بدل دم المقتول وهما فى اتلافه على السواء وفى الخلع بدل بضعهما فيقسم على قيمة بضعهما (قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعى رحمهما الله) هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق فى القصاص والدية جميعا عندهما وفى المبسوط ولكل وارث فى دم العمد نصيب غير انه عندنا وقال مالك رحمه الله لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيأ وكذا فى عامة الكتب التخصيص بالدية ثم قال فى المبسوط وكذلك يثبت حق الزوج والزوجة فى القصاص عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى لايثبت حقهما فى القصاص والتخصيص بقول ابن أبى ليلى فى الخلاف يؤذن بان لا خلاف لمالك فى القصاص وفى بعض الفوائد التنصيص على خلاف مالك فى الدية لاينافى خلافه فى القصاص بل ينبغى أن يكون له فيه خلاف بالطريق الاولى لان الدية مال والمال مما لا خلاف فيه أن الزوج والزوجة يرثان فلما لم ير مالك فيه الارث فلان لا يرى فى القصاص لهما بطريق الاولى وفى الاسرار القصاص يستوفيه الرجال والنساء وقال الشافعى رحمه الله لاحظ للنساء فى الاستيفاء ولهن حق العفو لان المرأة ليست من أهل القتل لضعفهن ولهذا لا تقتل الكافرة الاصلية ولا تضرب عليهن الجزية والواجب مكان القتل فصار فى حق استيفاء القصاص كالصغير وان كانت كبيرة ولكنها أهل العفو لانها كبيرة كما قلت ان المرأة لا تملك نكاح نفسها وتملك الرد اذا أنكحت بغير اذنها (قوله ولهما أن الوراثة خلافة) وهى بالنسب دون السبب

مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار وهو مؤاخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة مانقله والمشهور من مذهبهما مانقله وقوله (لهما أن الوراثة خلافة) يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر شيأ وهو باطل ولكن يحمل على أن معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهى فيه بالنسب لا بالسبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية انما يجبان بعد الموت وقلنا انه فاسد بالنقل والعقل أما الاول فحديث امرأة أشيم الضبابى بكسر الضاد المعجمة كما ذكره فى الكتاب وأما الثانى فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب أن يكونا فى حق الزوجين كذلك لان وجوبهما أولا للميت ثم يثبت للورثة

قوله وان الشافعى يقول النساء لا تستوفى القصاص الخ) أقول هذا وجه للشافعى وماذكره المصنف فى القصاص وجه آخر ذكر ذلك فى كتبهم والصحيح مقابلهما (قوله والمشهور من مذهبهما مانقله) أقول بل الصحيح من مذهب الشافعى ثبوت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبنا به صرح فى كتبهم (قوله وقوله لهما أن الوراثة خلافة يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر) أقول ولا المولى المعتق وعصبته لكن لهما أن يقولا القياس عدم التوريث والتوريث ثبت بالنص على خلاف القياس فيما ملكه المورث وتركه فيقتصر على مورده (قوله الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهى فيه الخ) أقول قوله وهى راجع الى الوراثة وضمير فيه راجع الى ما فى قوله فيما يجب

ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم ولانه حق يجرى فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة

لرواية تلك الكتب لو كان معناه أنه لا حق للزوجين في القصاص والدية جميعا عند مالك والشافعي وهو غير مسلم لجواز أن يكون قول المصنف خلافا لمالك والشافعي في الزوجين متعلقا بقوله وكذا الدية وحده لا بمجموع قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية ولا يخلو عن نوع ارشاد اليه فصل قوله وكذا الدية بذكر لفظ كذا اذلو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف أيضا لقال وأصل هذا ان القصاص والدية حق جميع الورثة خلافا لمالك والشافعي في الزوجين وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيأ لان وجوبه بعد الموت والزوجية تنقطع به انتهى حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك ويوافقه تحرير صاحب الكافي ههنا حيث قال والاصل أن القصاص حق الورثة وكذا الدية وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيأ انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وهو مؤاخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله انتهى أقول بل ما ذكره نفسه ضعيف لان صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية بل أراد بيان مخالفته لما في الكتب الثلاثة المعتبرة المقبولة بين الفقهاء لا سيما المبسوط والاسرار فان صاحبهما من أساطين الائمة ولا نسلم أن المشهور من مذهب مالك والشافعي أن ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا بل المشهور من مذهبهما ما ذكر في تلك الكتب فالاوجه التوفيق بين ما ذكر فيها وبين ما ذكر في الكتاب بما نبهنا عليه آنفا (قوله ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم) أقول فيه شئ وهو أن هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فانه انما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية في حق الدية ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص والعمدة ههنا هو الثاني وانما ذكر الآخر استطرادا كما ترى (قوله ولانه حق يجرى فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة) أقول فيه أيضا شئ وهو أن هذا التعليل وان كان يتمشى في القصاص أيضا الا أنه لا يتمشى فيه على أصل أبي حنيفة وانما يتمشى فيه على أصل أبي يوسف ومحمد فانه سيجيء في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية وأما عنده فطريقه طريق الخلافة دون الوراثة فلا يصح أن يقال من قبله انه حق يجرى فيه الارث مع أن المدعى ههنا هو قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه أئمتنا قاطبة فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالمختلف فيه وقول المصنف في تتمته حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجدى نفعا لانه انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه اذ لا خلاف فيه بين أئمتنا الثلاثة فان حق القصاص هنالك يثبت عندهم جميعا للمورث الغير المقتول قبل موته وارثه من المقتول عندهما وخلافة عنه لا وراثة عند أبي حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت له قبل موته عنده بل انما يثبت

لانقطاعه بالموت ولا يقال هذا التعليل يقتضي أن لا يرث الزوجان أحدهما عن الآخر المال أيضا لانقطاع السبب بالموت قلنا وقع عندهما ان الدية انما تجب بعد الموت بخلاف سائر الاموال فان حق الورثة تعلق بماله في ابتداء مرض الموت حتى نفذ تصرفه في ثلث المال لا في الثلثين وبالموت يتقرر ما يتعلق بموته فتستوى في ارثه جميع الورثة وأما الدية فوجوبها بعد الموت لا غير وحال وجوبه لم يبق السبب وهو الزوجية فلذلك لا يرث الزوجان كل واحد منهما من الآخر عندهما وانا نقول الدية تجب للميت أولا ثم تثبت للورثة ولا تقع للميت الا بان يستند الوجوب الى سببه وهو الجرح كمن رمى الى صيد فمات ثم أصاب السهم الصيد فانه يورث منه كسائر أمواله لهذا المعنى ولو أوصى بثلث ماله يدخل فيه الدية أيضا وروى عن على رضى الله عنه انه كان يقسم الدية على من أحرز الميراث (قوله الضبابي) بكسر الضاد المعجمة

ولا يقع للميت الا بان يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت ألا ترى أنه اذا أوصى بثلث ماله دخلت ديته فيها وتقضى منه ديونه وكان على رضى الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث وكفى به قدوة واذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفاء

والزوجية

وا العفو والباقي واضح وقوله (لان الواجب نصف الدية) يعني بالعفو فيكون في السنة الاولى الثلث وفي الثانية السدس كما اذا قطع يد انسان خطأ وقلنا الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجزء وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذا بعضه كالالف المؤجلة الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك وقوله (والواجب في اليد) جواب اعتباره وهو واضح قال (واذا قتل جماعة واحدا الخ) اذا تعدد القاتل اقتص

والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث أو يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزأ بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين لان الواجب هنالك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شئ من المال لانه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال (واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم) لقول عمر رضى الله عنه فيه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ولان

عنده بعد موته لورثته ابتداء لتشفي الصدور كما ستطلع على تفصيله في بابه والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على أصله فليتأمل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل وأما الثاني فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما أولا للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت الا بأن يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت انتهى أقول قد زاد هذا الشارح ههنا نغمة في الطنبور حيث زاد فسادا على فساد لانه مع اتيانه في تضاعيف شرحه بما يقرر أن لا يتم هذا التعليل على أصل أبي حنيفة وهو قوله لان وجوبهما أولا للميت ثم يثبت للورثة صرح بانهما يعني القصاص والدية موروثان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت أن القصاص ليس بموروث من المقتول عند أبي حنيفة بخلاف سائر الاموال فالتصريح بالاتفاق فساد فوق فساد والله الهادي الى سبيل الرشاد (قوله واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر فيه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم) قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدى وفي النقصان من البخس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شئ يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد وأيد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن تركنا هذا القياس لما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضى الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به انتهى كلامه أقول فيه بحث لانه صرح بان هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وذلك لا يجوز بما روى عن عمر رضى الله عنه لان

(قوله امتنع لمعنى راجع الى القاتل) وهو ثبوت العصمة للقاتل بعفو البعض من القصاص فيجب المال كما في الخطأ فان العجز عن القصاص ثم لمعنى في القاتل وهو كونه خاطئا روى ان هذه الحادثة وقعت في زمن عمر رضى الله عنه فشاور فيها ابن مسعود رضى الله عنه فقال أرى هذا قد أحيا بعض نفسه فليس للآخر أن يتلفه فامضى عمر رضى الله عنه القضاء على وفق رأيه (قوله وقال زفر رحمه الله يجب في سنتين) الثلث في سنة والسدس في سنة (قوله ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه) هذا كالالف اذا كانت مؤجلة الى ثلاث سنين كان كل درهم منها مؤجلا الى ثلاث سنين (قوله لو تمالأ أهل صنعاء) أي تعاون

من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة لكنه ترك بما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضى الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم والتمالؤ التعاون وصنعاء اليمن قصبتها وروى عن على رضى الله عنه أنه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قتل جماعة بواحد وكانت الصحابة رضى الله عنهم متوافرين ولم ينكر عليهم أحد فحل محل الاجماع

(قال المصنف لانه لا يتجزأ) أقول فيه بحث لان قضية عدم التجزى أن يسقط في حق العافي كملا كثبوته له كملا ولا يستلزم ذلك سقوط حق الباقين الا أن يقال لما كان الحق واحدا أورث سقوطه في حق البعض شبهة السقوط في حق الباقين لثبوته من وجه دون وجه فليتأمل ويمكن توجيه كلام المصنف بذلك (قوله كالالف المؤجلة الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك) أقول فيه شئ جوابه سهل قال المصنف (واذا قتل جماعة واحدا اقتص من جماعتهم لقول عمر لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم) أقول فان قيل لم يستدل بقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى قلنا لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد تأمل ثم في قوله لقول عمر رضى الله عنه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم بحث لانه يجوز أن يكون بطريق السياسة بقرينة الاضافة الى نفسه كما سبق في باب ما يوجب القصاص

ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق غالبا الا بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد
يوجب مزجرة فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الاحياء فانه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله و يقتل لعلمه أن لا قصاص فيؤدى
الى سد باب القصاص ولقائل أن يقول ماذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا فى الشرع وان

كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى أن النفس بالنفس والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد و يربو على ذلك بقوة أثر الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافيه لانهم فى ازهاق الروح الغير المتجزى كشخص واحد واذا كانت المسئلة بالعكس وحضر أولياء المقتولين وقتل بجماعتهم كما ذكر فى الكتاب

القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء (واذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شئ لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين)

عمر رضى الله عنه ان كان منفردا فى قضائه وقوله المزبور فظاهر لان قول صحابى واحد وفعله لا يصلحان للمعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه وان انضم اليه اجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليه أحد منهم فمحل الاجماع كما صرح به فى العناية وغيرها فكذلك اذ قد تقرر فى علم أصول الفقه أن الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشئ منهما فالحق فى أسلوب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما فى مقتضى القياس فى هذه المسئلة وأن يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية و بين جواب الاستحسان ههنا وسيجئ منا الكلام فى التوفيق بينهما بعيد هذا القول (قوله ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء) قال صاحب العناية لقائل أن يقول ماذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا فى الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى أن النفس بالنفس والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد و يربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافيه لانهم فى ازهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد انتهى كلامه أقول فيه نظر لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات فى الحقيقة كشخص واحد بمجرد صدور ازهاق الروح الغير المتجزئ عن مجموعهم وجعلهم مساوين لشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة فى القصاص بعيد جدا عن مساعدة العقل والنقل وأيضا ينافى هذا ما سيأتى فى تعليل المسئلة الآتية من أن الاصل عند أئمتنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد رؤسهم فحصلت المماثلة المعتبرة فى القصاص والحق عندى هنا أن يقال ان قوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافى ما قالوا فى هذه المسئلة اذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة فى النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتص النفس بغير النفس كما فى قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف ونحوهما وأما أنه هل تحقق المماثلة المعتبرة فى القصاص عند تعدد النفس فى جانب القاتل أو المقتول فانما يستفاد ذلك من دليل آخر ألا يرى أن العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس مع أن قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظرا الى ظاهر اطلاقه بل انما يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا ههنا تبصر (قوله

أصله من الملاء والممالاة فى الاصل المعاونة فى الاستقاء من البئر بالدلو ثم عم فصار مستعملا فى مطلق المعاونة روى ان سبعة قتلوا واحدا بصنعاء فقتلهم عمر رضى الله عنه وقال لو تمالا عليه أهل صنعاء لقتلتهم فان قيل ما روى عن عمر رضى الله عنه يحتمل أن يكون بطريق السياسة فكيف يصح استدلالكم به على وجوب القصاص قلنا القصاص واجب بالنص فى القتل العمد وقد وجد من كل واحد منهم قتل اذ المسئلة فيما اذا جرح كل واحد منهم جرحا مزهقا بخلاف قطاع الطريق لان هناك القتل بالمعاونة فاما ههنا يشترط الجرح من كل واحد منهم فاذا كان القصاص ثابتا بالنص فلا يمكن حمل الاثر على السياسة فيكون معناه بيانا للمسئلة بالمماثلة وازالة الشبهة

قال المصنف (ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء) أقول تقرير الدليل القتل بطريق التغالب فساد غالب وكل فساد غالب يحتاج الى مزجرة للسفهاء فالقتل بطريق التغالب يحتاج الى مزجرة ومزجرة القتل العمد هو القصاص (قوله لا يكون معتبرا فى الشرع) أقول لان العقوبات لا تثبت الا بمثل هذه الاقيسة (قوله وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه) أقول وهو انتفاء المماثلة والمساواة (قوله وقوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافيه لانهم فى ازهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد) أقول و يجوز أن يقال لما أضيف ازهاق الروح الى كل واحد منهم كملا كان المقتول كانه أشخاص متعددة ولعل هذا أنسب وأظهر مما ذكره الشارح ألا يرى الى قوله ولنا أن كل واحد قاتل بوصف الكمال الخ) وقال

وقال الشافعى يقتل بالاول منهم و يجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له أن الموجود من الواحد قتلات والذى تحقق فى حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس فى الفصل الاول الا أنه عرف بالشرع ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزأ

ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص) أقول فيه اشكال أما أولا فلان كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال أمر متعذر لاستلزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقرر فى موضعه وأما ثانيا فلان شراح الكتاب وغيرهم صرحوا فى الفصل الاول بان جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر فى القصاص المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بديهة لكنا تركنا القياس باجماع الصحابة على قتل جماعة بواحد فالقول ههنا بتحقق التماثل فى الفصل الاول أيضا ينافى ذلك اذ يلزم حينئذ أن يكون جواب المسئلة هناك جواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال حقيقة بل المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فى اعتبار الشرع تحقيقا للمماثلة المعتبرة فى القصاص فيحصل الجواب عن وجهى الاشكال معا قلت توارد العلتين المستقلتين بالاجتماع على معلول واحد بالشخص ممتنع عقلى واعتبار الشرع ما هو ممتنع الوقوع واقعا مما لا وقوع له فى شئ ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا بان شرع المماثلة فى القصاص لئلا يلزم الظلم على المعتدى على تقدير الزيادة ولئلا يلزم البخس لحق المعتدى عليه على تقدير النقصان ولا شك أن الظلم والبخس انما يندفعان بتحقق المماثلة الحقيقية وأما فى مجرد اعتبار غير المماثل مماثلا فلا يخلو الامر عن الظلم أو البخس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز فى أحكام الشرع (قوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزأ) أقول لقائل أن يقول حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله فى الدليل الاول ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فلا وجه لجعله دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولانه وجد من كل واحد الخ ثم ان صاحب العناية قال فى شرح هذا الدليل يعنى أن القتل جرح صالح

(قوله ولنا ان كل واحد منهم) أى من أولياء القتيل قاتل أى قصاصا بوصف الكمال (قوله أصله ثبوت التماثل الفصل الاول) وهو ما اذا قتل جماعة واحدا فالجماعة يقتلون بالواحد بالاجماع يعنى ان الجماعة اذا قتلوا واحدا اعتبر كل واحد منهم قاتلا على الكمال ولولا هذا لما وجب القصاص فكذا اذا وقع القتل جزاء جعل كل واحد منهم مستوفيا حقه على الكمال فان قيل الفرق بينهما ثابت بانا انما أوجبنا القصاص على الجماعة بقتل الواحد لرد غلبة القتل بغير حق من غير اعتبار المماثلة وهذا لا يوجد فيما نحن فيه قلنا لا كذلك بل المماثلة مرعية فى القصاص ثم الزيادة فى العدد أبلغ من الزيادة فى الوصف فاذا كان لا يقتل المسلم بالمستأمن وعلى قوله بالذمى والحر بالعبد لانعدام المماثلة مع الحاجة الى رد غلبة القتل بغير حق فلان لا تقتل العشرة بالواحد أولى وكذلك فى كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة نحو كسر العظام لا يجب القصاص والحاجة الى رد غلبة الجناية هنا بغير حق تتحقق ولكن توهم الزيادة يمنع القصاص فتحقق الزيادة لان يمنع من ذلك كان أولى فعرفنا انه انما يقتل العشرة بالواحد بطريق المماثلة و بيان ذلك ان القتل مما لا يحتمل التجزى واذا اشترك الجماعة فيما لا يحتمل التجزى فاما ان ينعدم أصلا أو يتكامل فى حق كل واحد منهما كانه ليس معه غيره ولم ينعدم ههنا بالاتفاق فعرفنا انه تكامل كل واحد منهم قاتلا بمنزلة الاولياء فى التزويج بتكامل الولاية لكل واحد منهم وفى هذا المعنى القتل الذى هو عدوان والقتل الذى هو جزاء سواء فان الاولياء اذا اجتمعوا وقتلوا كان كل واحد منهم قاتلا بكماله (قوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح) أى من كل واحد من الاولياء وذلك لانهم لما حضروا

(وقال الشافعى رحمه الله يقتل بالاول منهم و يجب المال للباقين) يعنى ان قتلهم على التعاقب وان قتلهم جملة أو جهل الاول قتل بهم وقسم الديات بينهم أو يقرع وقوله (وهو القياس فى الفصل الاول) وهو ما اذا قتل جماعة واحدا (الا أنه عرف بالشرع) يريد قضية عمر رضى الله عنه (ولنا أن كل واحد منهم) أى من أولياء القتلى قاتل قصاصا بوصف الكمال لانه لا يتجزأ أصله الفصل الاول) فان الجماعة تقتل بالواحد اتفاقا ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك واذا كانت الجماعة مثلا للواحد كان العكس كذلك لان المماثلة بين الشيئين انما تكون من الجانبين قوله (ولانه وجد من كل واحد منهم جرح الخ) يعنى أن القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث انه لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما أن يضاف اليها توزيعا أو كملا والاول باطل لعدم التجزى فتعين الثانى ولهذا اذا حلف جماعة كل منهم أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا

قال المصنف (ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق) أقول هذا الوجه تفصيل وشرح للوجه الاول كما لا يخفى

ولان القصاص شرع مع المنافى لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص) لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجانى ويتأتى فيه خلاف الشافعى اذ الواجب أحدهما عنده قال (واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية) وقال الشافعى تقطع يداهما والمفروض اذا أخذا سكينا وأمراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدى تابعة لها فأخذت حكمها أو يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الازهاق لا يتجزأ ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل فى حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال (وعليهما نصف الدية) لانه دية اليد الواحدة وهما

لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما أن يضاف اليها توزيعا أو كملا والاول باطل لعدم التجزى فتعين الثانى ولهذا لو حلف جماعة كل واحد منهم أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا انتهى أقول فيه نظر لانه لا يلزم من أن لا يجوز اضافة القتل الى تلك العلل توزيعا بناء على أن القتل لا يتجزأ تعين أن يضاف الى كل واحد منهم كملا بل يجوز أن يضاف كملا الى مجموع تلك العلل من حيث هى مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذ لا يتم المطلوب كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الحلف بان مدار الايمان على العرف كما صرحوا به فى محله فاذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم فى العرف انه قتل فلانا وان كان القتل فى الحقيقة كملا مضافا الى مجموعهم من حيث هو مجموع فجاز أن يكون بناء حنث كل واحد منهم فى مسئلة الحلف على العرف وأما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم أقول كل واحد من ذينك الدليلين المذكورين فى الكتاب انما يمشيان فيما اذا حضر أولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة وأما فيما اذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقين كما ذكر أيضا فى الكتاب فلا تمشية لشئ منهما اذ لا يتصور أن يقال لاحد من الباقين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل أصلا انه قاتل فضلا عن أن يقال له انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور أن يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح صالح للازهاق فينبغى أن يجب للباقين المال فى هذه الصورة فليتامل (قوله ولان القصاص شرع مع المنافى لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به) أقول فيه

وقضى القاضى اما أن يستوفوا بانفسهم جميعا أو يوكل بعضهم بعضا فى حقه أو يوكلوا غيرهم فيكون فعل الوكيل كفعل الموكل فيكون الجرح الصالح للازهاق موجودا من كل واحد (قوله شرع مع المنافى) وهو قوله عليه السلام الآدمى بنيان الرب (قوله والمفروض اذا أخذا سكينا وأمراه على يده حتى انقطعت يده) أى صورة المسئلة المختلف فيها بيننا وبين الشافعى رحمه الله فيما اذا أخذا سكينا واحدا ووضعاه فى جانب واحد من يده وأمراه على مفصل يده حتى أبانا يده أما لو وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر وأمرا حتى التقى السكينان لا يجب القصاص عنده أيضا وهذا بخلاف النفس فانه اذا وضع أحدهما السكين على حلقه والآخر على قفاه وأمرا حتى التقى السكينان يجب القصاص عليهما لان القتل ازهاق للحياة وهو لا يحتمل الوصف بالتجزى فيضاف الى كل واحد منهما كملا (قوله ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد) لان القطع هو الفصل بين المتصلين ونحن نتيقن ان الفصل هنا بقوة كل واحد منهما وان ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر ولا معتبر بامرار كل واحد منهما السكين على جميع العضو لان امرار السكين من غير قطع به وجوده كعدمه فيكون كل واحد منهما قاطعا بعض اليد فلا تقطع جميع يده بقطعه بعض اليد لاشتراط التماثل والقياس فى النفس هكذا وانما تركناه بالاثر والاجماع وهذا ليس فى معناها حتى يلحق بها لان الفعل فى النفس لا يوصف بالتجزى لانه تصرف فى الروح ولا يتصور ازهاق بعضه دون البعض فاضيف الى كل واحد

(ولان القصاص شرع مع المنافى) وهو قوله صلى الله عليه وسلم الآدمى بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب (لتحقيق الاحياء وتحقيق الاحياء قد حصل بقتله) أى بقتل القاتل (فاكتفى به) ولا شئ لهم غير ذلك وقوله (ومن وجب عليه القصاص) ظاهر قال (واذا قطع رجلان يد رجل واحد الخ) تعدد الجانى فى الاطراف ليس كتعدده فى النفس عندنا فاذا قطعا يدا فلا قصاص أصلا وقال الشافعى رحمه الله ان وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من آخر وأمراه حتى التقى السكينان فالحكم كذلك لان كلا منهما لم يقطع الا بعض اليد فلا يقطع به كل يده وان أخذا سكينا وأمراها على يده حتى انقطعت قطعت أيديهما اعتبارا بالانفس اما لكونها تابعة لها واما أن يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا أن كلا منهما قاطع بعض اليد

قطعاها

سواء كان المحل متحدا أو مختلفا الا انا نعلم أن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصا الا انتفاء المماثلة وهذا لان المحل متجزئ فان قطع بعض وترك بعض متصور فلا يمكن أن يجعل كل واحد قاطعا كلا بخلاف

قطعاها (وان قطع واحد يمينى رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقسمانه نصفين سواء قطعهما معا أو على التعاقب) وقال الشافعى فى التعاقب يقطع بالاول وفى القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثانى كالرهن بعد الرهن وفى القران اليد الواحدة لا تفى بالحقين فترجح بالقرعة ولنا أنهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى حكمه كالغريمين فى التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافى فلا يظهر الا فى حق الاستيفاء أما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثانى بخلاف الرهن لان الحق ثابت فى المحل فصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر أن يستوفى لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر فى الدية لانه أوفى به حقا مستحقا قال (واذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقى حق المولى بالابطال فصار كما اذا أقر بالمال

كلام وهو أن تحقيق الاحياء حكمة القصاص ومجرد حصول حكمته لا يتم أمره بل لا بد من حصول شرائطه أيضا ومن جملتها المماثلة ألا يرى أنه لا يقتل المسلم ولا الذمى بالمستامن وكذا لا يقتل أحد بولده ولا بولد ولده ولا بعبده ولا بمدبره ولا بمكاتبه الى غير ذلك مع أن حصول تحقيق الاحياء متصور فى جميع ذلك وانما لا يجب القصاص فى تلك الصور لانتفاء بعض شرائطه أو لتحقق بعض موانعه وعند أن قال الشافعى فيما نحن فيه أن الموجود من الواحد قتلات والذى تحقق فى حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذى هو مبنى القصاص كيف يتم أن يقال فى مقابلته قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكتفى به ولعل صاحب الكافى فهم ضعف هذا التعليل

كلا ضرورة عدم التجزى أما الفعل فى الطرف فيوصف بالتجزى ألا ترى انه يتحقق أن يقطع بعض اليد ويترك ما بقى فيجعل كل واحد منهما قاطعا للبعض (قوله وان قطع واحد يمينى رجلين) انما قيد بيمينى رجلين لانه لو قطع يمين رجل ويسار آخر يقطع يداه لهما وكذلك اذا قطعهما من واحد (قوله كالرهن بعد الرهن) رهن شيأ من انسان وسلمه اليه ثم رهنه من آخر لم يصح الثانى (قوله ولنا انهما استويا فى سبب الاستحقاق) وهو القطع المحسوس وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب فى حق الثانى ولا يمنع ثبوت حكمه ألا ترى ان ملك المولى فى عبده لا يمنع وجوب القصاص عليه اذا تقرر سببه والحق دون الملك (قوله والقصاص ملك الفعل) يعنى ان القصاص عبارة عن اطلاق الفعل والاطلاق فى الفعل لا يقتضى حقا فى المحل كما فى الاصطياد والاحتشاش فان الفعل مملوك والمحل خلو عنه فلا يمنع ثبوت الثانى بخلاف الرهن لانه لثبوت يد الاستيفاء حكما فاذا ثبت للاول استحال ثبوته للثانى كما فى الاستيفاء الحقيقى (قوله لثبوت حقه وتردد حق الغائب) يعنى ان حقه ثابت فى اليد ومزاحمة الآخر له فى الاستيفاء موهوم عسى ان يعفو وعسى أن لا يحضر فلا يرد الاستيفاء المعلوم بمكان الموهوم كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضى بالجميع له لهذا المعنى (قوله لانه أوفى به حقا مستحقا) يعنى انه قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضى للآخر بالارش بخلاف النفس فان هناك لو استوفى أحدهما القصاص ثم حضر الآخر لا يقضى له بشئ لان حقه فى الاستيفاء فات بغيبته فانهما اذا اجتمعا واستوفيا صار كل واحد منهما مستوفيا على الكمال فلا يجب معه الدية وليس فى الطرف الواحد وفاء بحقهما فانما تعذر على الثانى الاستيفاء بقضائه بطرفه حقا مستحقا عليه توضيحه ان فى النفس وان قضى بها حقا مستحقا لا يمكن جعلها سالمة له بعد موته فلا يمكن نصيبه عليه بعد ما فات وفى الطرف يمكن ان يجعل كالسالم له وان يقوم عليه ذلك حين قضى حقا مستحقا عليه لانه كالحابس لطرفه حكما فلهذا يقضى للثانى بالارش (قوله واذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) قيد بالعمد لانه لو أقر العبد بقتل الخطأ لا يجوز سواء كان ماذونا أو محجورا وفى باب اقرار المحجور والمملوك من اقرار المبسوط ولا يجوز اقرار العبد التاجر للاجنبى بجناية ليس فيها

النفس فان الازهاق لا يتجزأ وقد مر والباقى ظاهر وقوله (وان قطع واحد يمينى رجلين) قيد بذلك لانه لو قطع يمين أحدهما ويسار الآخر قطعت يداه لا يقال تنتفى المماثلة حينئذ لانه مافوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما فوتاه عليه لان المعتبر فى حق كل واحد ما استوفاه وليس فى ذلك تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه قوله (والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافى) يعنى لان من عليه القصاص حر جواب عن قوله لان اليد استحقها الاول وتقريره أن القصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالى بتجزئته عنه واذا لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت الثانى بخلاف الرهن لان الحق فى المحل لكونه مملوكا وقوله (ولتردد حق الآخر) يعنى أن حق الحاضر ثابت فى اليد ومزاحمة الآخر له فى الاستيفاء موهومة عسى أن يعفو أو لا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضى بالجميع له كذلك وقوله (لانه أوفى به حقا مستحقا) يعنى أنه اذا قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضى للآخر بالارش وقوله (واذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وانما قيد بالعمد لانه لو أقر بالخطا لا يجوز سواء كان ماذونا أو محجورا أما المحجور فظاهر وأما المأذون فلانه ليس من التجارة

وقوله (حتى لايصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص) توضيح لبقائه على الحرية وكل ما لايصح اقرار المولى على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر ولهذا وقع طلاق زوجته بالاقرار لوقوعه بالايقاع واذا أقر بسبب يوجب الحد يؤخذ به وقوله (والفعل يتعدد بتعدد الاثر) قيل فان الرمى اذا أصاب حيوانا ومزق جلده سمى جرحا وان قتله سمى قتلا وان أصاب الكوز وكسره سمى كسرا فكذلك يجوز أن يكون بالنسبة الى محل عمدا و بالنسبة الى آخر خطأ وفيه

نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين والاولى أن يقال معناه أن الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة الى أمرين كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطء بالنسبة الى أخرى فكذا هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثانى ولقائل أن يقول الخطا يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الأمراد ائرا بين الحظر والاباحة ولم يوجد والجواب أن الخطا هو تحقق الجناية فى انسان مخالف لظن الجانى كمن رمى الى شئ يظنه صيدا فاذا هو انسان أو لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذى نحن فيه والرمى بالنسبة الى المخالف لهما كالرمى لا الى معين وذلك مباح لامحالة وانما قلنا مطلقا ليخرج من قصد قطع يد رجل بسيف فاصاب عنقه ومات فانه عمد لانه ليس بمخالف للمقصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتلا بالسراية بخلاف ما اذا قصد ذلك *(فصل
فاصاب رقبة غيره فحزها أو رمى الى شخص فاصاب غيره فمات فان ذلك خطا لان قطع يد رجل أو قتله لا يكون قتلا لغيره فكان مخالفا من كل وجه

ولنا أنه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على أصل الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص و بطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثانى على عاقلته) لان الاول عمد والثانى أحد نوعى الخطا كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

حيث ترك ذكره مع كون عادته أن يقتفى أثر صاحب الهداية (قوله لان الاول عمد والثانى أحد نوعى الخطا) قال صاحب الغاية وهو خطا فى القصد أقول هذا خبط ظاهر اذ قد مر فى الكتاب أن الخطا على نوعين خطا فى القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمى أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطا فى الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثانى دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا (قوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر) قال صاحب العناية قيل فان الرمى اذا أصاب حيوانا ومزق جلده سمى جرحا وان قتله سمى قتلا وان أصاب الكوز وكسره سمى كسرا فكذلك يجوز أن يكون بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى أقول نظره ساقط اذ الظاهر أن ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بحيثيات انضمام قيود مختلفة وأوصاف متضادة اليه باسام مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك الاسامى المختلفة ألا يرى أن الرمى من حيث انه أصاب الكوز لا يسمى جرحا ولا قتلا بل يسمى كسرا وكذا من حيث انه أصاب حيوانا ومزق جلده أو قتله لا يسمى كسرا بل يسمى جرحا أو قتلا واذا تقرر أن اختلاف تلك الاسامى باختلاف الاوصاف المنضمة الى ذلك الفعل تقرر اختلاف مسميات تلك الاسامى أيضا فكان مناسبا لما نحن فيه مفيدا له ثم ان قوله وانما الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين ان أراد به أن الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد بحسب الذات بحيث يصير فعلين مختلفين فى الحقيقة فلا نسلم أن الكلام فيه بل لا نسلم امكان ذلك وان أراد به أن الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد بتعدد الاوصاف المتضادة المنضمة اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد يحصل قطعا بتعدد الاسامى تعددا ناشئا من تعدد المسميات بالحيثيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك القائل كما عرفت

قصاص لان هذا ليس من التجارة والاذن فك الحجر عنه فى التجارة ففيما ليس بتجارة المأذون والمحجور سواء لانه يضر على مولاه فان جناية العبد لا توجب عليه شيأ بل وجب على مولاه الدفع أو الفداء واقرار العبد على مولاه باطل واذا أقر بقتل عمد جاز اقراره وعليه القصاص لانه يضر به على نفسه فان المستحق بالقصاص دمه وهو فى حكم الدم مبقى على أصل الحرية ولان المولى لا يملك الاقرار وفيما لا يملكه المولى على عبده فالعبد بمنزلة الحر كطلاق زوجته يصح اقراره به كما يصح ايقاعه وكذلك اذا أقر على نفسه بسبب موجب للحد (قوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر) لان الرمى الواحد جاز أن يتعدد بتعدد آثاره فان الانسان اذا أرسل سهما يسمى رميا واذا مزق جلد حيوان ولم يمت يسمى جرحا واذا أصاب ومات يسمى قتلا واذا أصاب كوزا وفرق تركيبه يسمى كسرا واذا نفذ السهم الى غير المرمى اليه صار بمنزلة فعل آخر وهو فيه مخطئ فيجب الدية

(قوله كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة الخ) أقول السرعة والبطء من الاعراض النسبية ولا كذلك العمد والخطا (قوله وهو لا يكون الأمراد ائرا الخ) أقول قوله هو راجع الى قوله سببا (قوله أو لقصده مطلقا الى قوله والرمى بالنسبة الى المخالف لهما) أقول قوله أو لقصده معطوف على قوله لظن الجانى وقوله لهما ناظر الى الظن والقصد فى قوله لظن الجانى وفى قوله أو لقصده مطلقا

(فصل) قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا) والاصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تتميما للاول لان القتل فى الاعم يقع بضربات متعاقبة وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع فى هذه الفصول

آنفا ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الخطا يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الأمرا دائرا بين الحظر والاباحة ولم يوجد هنا والجواب أن الخطا هو تحقق الجناية فى انسان مخالف لظن الجانى كمن رمى الى شئ يظنه صيدا فاذا هو انسان أو لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا أو كالذى نحن فيه والرمى بالنسبة الى المخالف لهما كالرمى لا الى معين وذلك مباح لامحالة انتهى أقول فى تحرير جوابه نوع خلل فان تمثيل قوله أو لقصده مطلقا بقوله كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا أو كالذى نحن فيه يشعر بان تكون الاصابة لانسان عند الرمى الى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطا فى القصد وليس كذلك قطعا اذ كل منهما من قبيل الخطا فى الفعل كما بينا من قبل

(فصل فى حكم الفعلين) لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر فى هذا الفصل حكم الفعلين لان الاثنين بعد الواحد كذا فى الشروح (قوله ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده الخ) أقول لقائل أن يقول اذا اختلف حكم الفعلين بان يكون أحدهما عمدا والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تخلل بينهما البرء أو لم يتخلل كما سينكشف فى الاصل الآتى ذكره فيكون قوله قبل أن تبرأ يده فى وضع هذه المسئلة مستدركا لتمام جوابها وهو أن يؤخذ بالامرين جميعا بدون ذكر ذلك القيد بل يوهم ذكره أن لا يكون الجواب كذلك فيما بعد أن تبرأ يده بناء على أن تخصيص الشئ بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه كما صرحوا به وعن هذا قال فى وضع المسئلة الثانية أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد ثم أقول يمكن أن يقال فائدة ذكر ذلك القيد فى المسئلة الاولى التنبيه من أول الامر على أن تخلل البرء ليس بمؤثر فيما اذا اختلف الفعلان فانه اذا أعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيما اذا لم يتخلل البرء ففيما اذا تخلل ذلك أولى و بهذا يندفع ايهام أن لا يكون الجواب فيما اذا تخلل البرء كالجواب فيما اذا لم يتخلل فان تخصيص الشئ بالذكر انما يدل فى الروايات على نفى الحكم عما عداه أن لو لم يكن ما عداه أولى بثبوت الحكم المذكور له وأما اذا كان أولى بذلك فيدل على اشتراك ما عداه معه فى الحكم المذكور بالاولوية بطريق دلالة النص بلا ريب وما نحن فيه من هذا القبيل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك فى المسئلة الاولى حصل الاستغناء عنه فى المسئلة الثانية لاشتراكهما فى اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها ثم لما جاء الى المسئلة الثالثة والرابعة قيدهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمدا وخطأ فيهما فلابد فى الاخذ بالامرين جميعا من تخلل البرء فى البين (قوله

(فصل) (قوله ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا الى آخره) اعلم أنه لا يخلو القطع والقتل من أن يتخلل بينهما برء أو لا فان تخلل بينهما برء يعتبر كل فعل و يؤخذ بموجب الفعلين لان موجب الاول قد تقرر بالبرء فلا يدخل أحدهما فى الآخر حتى لو كانا عمدين فللولى القطع والقتل وان كانا خطأين يجب دية ونصف دية وان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ فان كان القطع عمدا والقتل خطأ يجب فى اليد القود وفى النفس الدية وان كان القطع خطأ والقتل عمدا يجب فى اليد نصف الدية وفى النفس القود وان لم يتخلل بينهما برء فان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ يعتبر كل فعل على حدة فيجب فى الخطا الدية وفى العمد القود وان كانا خطأين يعتبر الكل جناية واحدة اتفاقا فيجب دية واحدة وان كانا عمدين فعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يقتل ولا تقطع وعند أبى حنيفة رحمه الله للولى الخيار ان شاء قطع وقتل وان شاء قتل ولا يعتبر اتحاد المجلس وهو الظاهر و روى عن نضر بن سلام أنه كان يقول الخلاف فيما اذا قطع يده فى مجلس وقتله فى مجلس آخر أما اذا وجدا فى مجلس واحد يقتل ولا تقطع يده عندهم و يجعل الجنايتان بسبب اتحاد المجلس جناية واحدة

(فصل) ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد فى فصل على حدة رعاية للتناسب (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا) القطع والقتل اذا حصلا فى شخص واحد كانا على وجوه أن يكونا خطأين أو عمدين أو يكون القتل خطأ والقطع عمدا أو بالعكس فذلك بالقسمة العقلية أربعة ثم ان كل واحد منهما اما أن يكون قبل البرء أو بعده فذلك ثمانية أوجه وكل ذلك اما أن يتحقق من شخص واحد أو شخصين فذلك ستة عشر وجها فان كان من شخصين يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص وأخذ الارش مطلقا لان التداخل انما يكون عند اتحاد المحل لا غير وان كانا من شخص واحد فايجاب موجب الفعلين أو اهدار أحدهما مبنى على أصل ذكره المصنف رحمه الله بقوله (والاصل فيه أن الجمع)

(فصل) ومن قطع (قوله ثم ان كل واحد منهما) أقول أى من الفعلين (قوله لان التداخل انما يكون الخ) أقول فيه بحث لكن جوابه ظاهر فان المراد بالمحل هو مصطلح المتكلمين وهو القاتل هنا فانه الذى يقوم به القتل

يعني الا كتفاء بموجب أحدهما واجب ما أمكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمما للاول و يجعل الكل واحدا الا أن لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا أو موجبا أو بتخلل البرء فحينئذ يعطى كل واحد حكم نفسه فان تخلل البرء فلا جمع أصلا لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنسا فكذلك كما في الصورتين الاوليين وان تجانسا خطا جمع بالاجماع لامكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف

وا كتفى بدية واحدة وان تجانسا عمدا فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله الولي بالخيار بين أن يقطع ثم يقتل و بين أن يقتل وقالا يقتل ولا يقطع وقوله (فان شاء الامام قال اقطعوه) قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله يشير الى أن الخيار للامام عند أبي حنيفة رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم أن لهم الخيار وقالا الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع اذ ذاك عن الجزاء واما لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين وجب القود على الحاز واذا انقطع اضافة السراية اليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة

في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع وا كتفى بدية واحدة (وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه) وهذا عند أبي حنيفة وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله أن الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر أو لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا

فصار كتخلل البرء) قال بعض الفضلاء منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ أقول كيف يكون منقوضا بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال وبخلاف ما اذا كانا خطأين وعاله بتعليلين بازاء تعليلي أبي حنيفة ما اذا كانا عمدين وتعليله الثاني وهو قوله ولان أرش اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل الخ دافع قطعا التوهم انتقاض قوله فصار كتخلل البرء بما اذا كانا خطأين تامل تفهم وقال صاحب معراج الدراية فان قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي أن لا يكون للامام خيار كما لو تخلل البرء قلنا المسئلة مجتهد فيها فالقاضي يقضي على ما وافق رأيه انتهى أقول في الجواب نظر فان قول المصنف بعد بيان خيار الامام وهذا عند أبي حنيفة يأبى هذا الجواب جدا فان قضاء القاضي في المسئلة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول أبي حنيفة فقط بل صاحباه أيضا يقولان به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم ان هذا كله على تقدير أن يكون الخيار للامام عند أبي حنيفة وأما اذا كان الخيار للولي عنده كما ذكره شمس الائمة السرخسي ونقل عنه الشراح قاطبة حتى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم أن لهم الخيار فلا تمشية رأسا للسؤال على الوجه المذكور نعم يرد أن يقال فما معنى قول أبي حنيفة في هذه المسئلة بان للولي الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بان يؤخذ بالامرين جميعا وعلة تعذر الجمع متحققة في الكل عنده بلا تفاوت كما تبين في الكتاب

(قوله فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه) قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله أشار ههنا الى أن الخيار الى الامام عند أبي حنيفة رحمه الله يعني أيهما شاء قال رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولي لان القصاص حقه وانما الخيار للامام في فصل قطاع الطريق عنده اذا قتلوا وأخذوا المال كذا في الاسرار وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي (قوله وله أن الجمع متعذر) للاختلاف بين الفعلين اذا الطرف يسلك به مسلك الاموال بخلاف النفس (قوله وهو متعذر) أي القود يعتبر المساواة في الفعل وذلك يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وحصول المساواة متعذر في الجمع (قوله أو لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع) لان المحل يفوت به ولا يتصور السراية بعد فوت المحل حتى لو صدر القطع والحز من شخصين يجب القود على الحاز دون القاطع ولو لم يكن الحز قاطعا السراية القطع لوجب القود عليهما فصار كتخلل البرء

(قوله وصفا أو موجبا) أقول كما في الخلافية فان موجب القطع العمد القطع والقتل العمد القتل لان القصاص ينبئ عن المماثلة بخلاف الدية وهذا عند أبي حنيفة قال المصنف (فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه) أقول قال الكاكي وقيل معنى ما قال في المتن أن هذا من الامام اجتهاد في محله فعليه أن يتبعه فيما يقطع الامام خياره عليه انتهى (قوله في محله) أي محل الاجتهاد ألا يرى الى خلاف الامامين (قال المصنف فصار كتخلل البرء) أقول منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ

وقوله (ولان ارش اليد) دليل آخر على جواز الجمع اذا كانا خطأين وتقريره أرش اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك انما يكون بالحز القاطع للسراية فارش اليد انما يجب بالحز القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الحز وفي ذلك تكرار دية اليد لان ضمان الكل يشملها والتكرار فيه غير مشروع فلا يجتمعان فان قيل قصاص اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان مبنى القصاص المساواة وهي انما تتحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا تقتل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه وأما الخطأ فبناه على التخفيف ألا ترى أن الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسبا قال (ومن ضرب

رجلا مائة سوط فبرأ الخ) ومن ضرب رجلا تسعين سوطا في مكان وعشرة في مكان فبرئ من تسعين وسرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب وقوله (وكذا كل جراحة اندملت) يعني مثل أن كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة لا في حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تبقى في حق التعزير على أصل أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله في مثله حكومة عدل وسياتي تفسيرها في آخر فصل الشجاج وعن محمد رحمه الله أنه يجب أجر الطبيب (وان ضربه مائة سوط وجرحته وبقي له أثر يجب له حكومة عدل) دون الارش لان حكومة عدل انما تكون لبقاء الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بان لم يبرأ وليس بموجود وهذا يشير الى أنه ان لم يجرح في الابتداء لا يجب شئ بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة رحمه الله لانه لم يكن الا مجرد الألم وهو لا يوجب شيأ كما لو ضربه ضربا مؤلما ومثل هذه المسئلة مع هذا الاختلاف ودليلها يأتي قبل فصل الجنين (قوله ومن قطع يد رجل الخ) اعلم أن العفو عن

خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان أرش اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان أما القطع والقتل قصاصا يجتمعان قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد أنه تجب أجرة الطبيب (وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له أثر تجب حكومة العدل) لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال (ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال) وهذا عند أبي حنيفة وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر أو القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن أحد

(قوله ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فكان العفو عنه عفوا عن نوعيه) أقول أسلوب التحرير يقتضي أن يكون ما سبق دليلا تاما لهما وهذا أيضا دليلا آخر مستقلا لهما لكن لا يخفى على الفطن أن ما

بخلاف ما اذا قطع وسرى حيث يكتفي بالقتل لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة بدليل ان عشرة لو قتلوا رجلا خطأ يجب عليهم دية واحدة وان تعدد الفعل لاتحاد المحل وان قتلوا رجلا عمدا اقتلوا جميعا به لان القصاص جزاء الفعل فيتعدد بتعدد الفعل (قوله ولان أرش اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل) أرش الجراحة لا يتقرر الا عند تقرر حالها بالبرء وههنا انما يتقرر حال القطع بالحز لانه قاطع للسراية وعند الحز لو وجب دية اليد يجتمع ضمان الكل والجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اجماعا في حالة واحدة (قوله ومن ضرب رجلا الخ) معنى هذا ضربه تسعين في موضع وعشرة في موضع آخر فبرأ موضع التسعين وسرى العشرة قالوا هذا اذا برأ من تسعين ولم يبق لها أثر أصلا فان بقي لها أثر ينبغي أن يجب عليه حكومة العدل للاسواط ودية للقتل وتفسير حكومة العدل أنه لو كان عبدا يجوز جاز بهذا كم قيمته وبدون الجراحة كم قيمته فيضمن التفاوت الذي بينهما في الحر من الدية وفي العبد من القيمة (قوله لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه) لان نفس الفعل لا يحتمل العفو لانه

(قوله فان قيل الى قوله فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان) أقول معارض بما اذا قتل واحد جماعة عمدا حيث يجب قتل واحد وان قتلهم خطأ تجب ديات قال المصنف (والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس) أقول قال في المضمرات كأن قائلا يقول لما وجب أرش النفس ينبغي أن لا تجب حكومة العدل فاجاب عنه بقوله والارش الخ انتهى وشرح كلام المصنف بهذا الوجه أولى لصدور الفعلين من القاتل وعلى ما ذكره الاكمل يكون ذكر هذه المسئلة هنا استطراديا قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث ما قال في الكتاب أنه يجب فيه دية واحدة فيما اذا برأ ولم يبق له أثر أما اذا بقي له أثر ينبغي أن يجب أرش الضرب وهو حكومة عدل بالاسواط ودية واحدة بالقتل انتهى

القطع والشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما فاذا وقع شيء من ذلك وعفا المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده وقالا لا شيء عليه لان العفو عن القطع عفو عن موجبه لان الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفوا عن موجبه وموجبه أما القطع أو القتل اذا اقتصر أو سرى فكان العفو عفوا عنهما ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وبما حدث منه حتى اذا قال لشخص لآخر اقطع يدي فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذن انتهاء فيعتبر بالاذن ابتداء فصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصرة فكذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله أن سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لان العفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا ألا ترى أن الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوا فكذا اذا عفا عن اليد ثم سرى واذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للعمد الا أنا تركناه لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود فتجب الدية وقوله (ولا نسلم أن الساري نوع من القطع) جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن نوعيه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة له ويقال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح ذلك والجواب أن المراد صفة منوعة وهي ليست كذلك بل هي مخرجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر وقوله (بل الساري قتل من الابتداء) اضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مزهق للروح ولما انزهق الروح به عرفنا انه كان قتلا وقوله (وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا) جواب عن قوله أو القتل اذا سرى يريد أن القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعا لانه اذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلا انما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافا الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناوله العفو وقوله (بخلاف العفو عن الجناية) ظاهر

موجبيه أيهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا أن في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم أن الساري نوع من القطع وأن السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو

سبق لا يتم دليلا لهما بدون انضمام هذا اليه لانه اذا لم يتقرر أن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر لا يتقرر كون القتل أحد موجبي القطع فانه اذا لم يتناول اسم القطع الساري أيضا لا يتصور كون القتل أحد موجبي القطع اذ لا يحتمل أن يكون القطع المقتصر موجبا للقتل أيضا فتدبر (قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس) قلت وكان ينبغي أن يقول وكان الظاهر أن يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص لان الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون موجب القياس الا أن موجب القياس هو الظاهر في بادئ الرأي

عرض كما وجد يتلاشى فيكون المراد موجبه وموجبه نوعان القطع اذا اقتصر والقتل اذا سرى فيكون عفوا عنهما كما لو قال أبرأتك عن الغصب يكون ذلك ابراء عن الضمان الواجب وهو رد العين عند قيامه ورد القيمة بعد هلاكه وكذلك المشتري اذا أبرأ البائع عن العيب يكون ابراء عن موجبه وهو الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند التعذر (قوله ولان اسم القطع اذن يتناول الساري والمقتصر) ألا ترى أن الاذن بالقطع اذن به وبما يحدث منه حتى أن من قال لآخر اقطع يدي فقطعها ثم سرى الى النفس لم يضمن فاذا جعل الاذن بالقطع اذنا له وبما يحدث منه فكذا العفو عن القطع لان العفو في الانتهاء كالاذن في الابتداء (قوله والعفو لم يتناوله بصريحه) كما لو قال لا قطع لي قبل فلان فلانه لا يوجب البراءة عن النفس (قوله بل الساري قتل من الابتداء) لان القتل فعل مزهق للروح ولما انزهق الروح عقيب هذا الفعل عرفنا أنه كان قتلا (قوله وكذا لا موجب له) أي للساري من حيث كونه قطعا وهذا لان موجب القطع ما شرع في ضمان الطرف فاما الواجب في النفس فليس بموجب القطع بل هو موجب القتل وبالسراية تبين أنه حقه في موجب النفس دون موجب الطرف فظهر أنه عفا عن غير حقه فبطل عفوه اذ العفو اسقاط الحق فيبطل اذا صادف ما ليس بحقه وكان القياس أن يجب القصاص الا أن في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود

(قال المصنف وان السراية صفة له) أقول أي صفة منوعة فلا يرد عليه شيء (قوله انما الثابت موجب القتل وهو الدية) أقول الاظهر أن يقول وهو القصاص

عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا آذن بذلك اطلاقه الا أنه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال

(قوله ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا) قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه وهي الاربعة التي هي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية انتهى أقول ليس هذا بسديد لان معنى كلام المصنف ههنا أن محمدا رحمه الله أجرى القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسئلة المارة التي هي من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشجة لم يكن مذكورا في كلام محمد في الجامع الصغير قط وانما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة في اليد وما أشبه ذلك وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداية حيث قال وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات والمصنف هنا بصدد بيان ما يتناوله كلام محمد في المسئلة المارة التي هي مسئلة الجامع الصغير فكيف يتصور درج العفو عن الشجة في مضمون ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه في قوله فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه بما يشمل العفو عن الشجة أيضا فالوجه أن مراد المصنف بهذه الوجوه هي الوجوه الثلاثة وهي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الجناية لان هذه الثلاثة هي المذكورة في مسئلة الجامع الصغير وأما العفو عن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطرادا وبين أن حكمه كحكم ما ذكر في مسئلة الجامع الصغير أخذا مما ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير (قوله آذن بذلك اطلاقه) أي أعلم بذلك اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع حيث لم يتعرض للعمد ولا للخطأ فكان متناولا لهما كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية بعد أن شرح المقام كذلك هذا تقرير ما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لان محمدا قيده بالعمد في أصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته وكذلك قيده الفقيه أبو الليث وفخر الاسلام والصدر الشهيد وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الاطلاق اهـ وأما ما عدا صاحب الغاية من الشراح فسألوا ههنا وأجابوا حيث قالوا فان قيل لا نسلم أن لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد بدليل جواب المسئلة وهو قوله فعلى القاطع الدية في ماله فانه يبين أن مراده العمد لان الدية في الخطأ على العاقلة قلنا وضع المسئلة مطلق بلا شك اذ القيد غير ملفوظ لكن الجواب انما هو لاحد نوعي القطع فتقديره فعلى القاطع الدية في ماله ان كان القطع عمدا انتهى كلامهم أقول لا يذهب عليك أن جوابهم هذا لا يسمن ولا يغني من جوع اذ لا شك أن مقصود المصنف هنا بيان اجراء محمد القطع خطأ مجرى العمد في أحكام هذه الوجوه وفاقا وخلافا ولا ريب أن حكم المسئلة انما يؤخذ من جوابها واذا كان الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤذن مجرد اطلاق وضع المسئلة باشتراك نوعي القطع في الحكم اذ لو آذن ذلك باشتراكهما في الحكم لآذن باشتراكهما في الحكم المستفاد من الجواب وقوله فيما له مانع عن ذلك لا محالة فلا مؤذن للاشتراك قطعا فلم يتم قول المصنف آذن بذلك اطلاقه فتامل (قوله لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال) قال في العناية فيه بحث وهو أن

وقوله (في هذه الوجوه) وهي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية (وفاقا) وهو في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية أيضا (وخلافا) وهو أيضا في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما اذا كان خطأ وعند أبي حنيفة رحمه الله يكون عفوا عن أرش اليد لا غير والثاني أن العفو عن الشجة عفو عن الدية اذا سرت عندهما وعنده عن أرش الشجة لا غير (اذن) أي أعلم بذلك (اطلاقه) أي اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة

(قوله وفاقا) أي اذا قال عفوت عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه وخلافا اذا قال عفوت عن القطع (قوله آذن بذلك اطلاقه) وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده ذكر القطع مطلقا من غير وصف العمد والخطأ فان قيل الوضع في قتل العمد بدليل قوله فعلى القاطع الدية في ماله فلا يكون مطلقا قلنا الوضع مطلق وقوله فعلى القاطع الدية في ماله جواب لاحد نوعيه أي عليه الدية في ماله ان كان عمدا (قوله وان كان عمدا فهو من جميع المال) أي يسقط القصاص من جميع المال في العمد حتى لو كانت الدية تزاد على الثلث لا ينقلب شيء من القصاص مالا لان المنحصر في الثلث التبرع بالمال والقصاص ليس بمال (قوله ولم يتعلق به حق الورثة) فان قيل القصاص يورث فكيف لا يتعلق به حقهم قلنا حق

يده عن القطع غير متعرض للعمد والخطأ ومنع الاطلاق بان قوله فعلى القاطع الدية فى ماله يدل على أنه فى العمد لان الدية فى الخطأ على العاقلة وأجيب بان الوضع مطلق لا محالة والجواب انما هو لاحد نوعيه وتقريره فعلى القاتل الدية فى ماله ان كان القطع عمدا وقوله (كما لو أوصى باعارة أرضه) يعنى اذا تبرع بمنافع أرضه فى مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لان المنافع ليست باموال وفيه بحث من أوجه الاول أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة الثانى أن الوصية باعارة أرضه باطلة وان صحت فحكمه التهايؤ يسكن الموصى له (١٨٨) يوما والورثة يومين ان لم يقبل القسمة وان قبلها يفرز الثلث للموصى له والثالث أن المنافع أموال

فصار كما اذا أوصى باعارة أرضه أما الخطأ فوجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث

القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه أن المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافى بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس فى المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله عليه السلام لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى أقول فى تقرير البحث المذكور خلل فاحش وفى تحرير الجواب المزبور التزام ذلك أما الاول فلانه سيجىء فى أول باب الشهادة فى القتل أن القصاص يثبت لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة من المقتول عند أبى حنيفة رحمه الله وأما عندهما فيثبت للقتيل ابتداء ثم ينتقل الى ورثته بطريق الوراثة منه كالدين والدية فقوله رحمه الله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر نظير هذا من صاحب العناية فى الفصل السابق وبينت بطلانه هناك أيضا فتذكر وأما الثانى فلانه لم يقع التعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عند امامنا الاعظم رحمه الله بل سيق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق ألا يرى الى قوله فى خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث (قوله أما الخطأ فوجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث) قال جمهور الشراح فان قيل القاتل واحد من العاقلة فكيف جوز الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صح فى نصيب القاتل أيضا مع أن الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جوز ذلك لان المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك جائز للقاتل ألا ترى أنه لو وهب له شيأ وسلم جاز انتهى كلامهم وأورد بعض الفضلاء على قولهم ألا يرى أنه لو وهب له شيأ وسلم جاز بان قال فيه بحث لان الهبة فى المرض فى حكم الوصية على ما سيجىء فى كتاب الوصية انتهى أقول ان أراد أن الهبة فى المرض فى حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع ألا ترى أن الهبة عقد منجز والوصية فى المرض عقد معلق بالموت كما صرحوا به وان أراد أنها فى حكم

الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت الا عند عدم الاصل والقياس فى المال أن لا يظهر حقهم الا بعد موت المورث الا أنه ثبت ذلك شرعا قال عليه السلام انك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس الغنى بالمال يكون ولا ذلك الا بتعلق حقهم بما يتعلق الغنى به بعد موته أما القصاص فليس بمال لانه ليس الا بمجرد انتقام وتشفى صدر فلا يتعلق حقهم به (قوله كما لو أوصى باعارة أرضه) أى كما لو أعار أرضه فى مرض موته وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من كل المال ولا يصح ارادة حقيقة الوصية باعارة أرضه لان الرواية محفوظة انه اذا أوصى باعارة أرضه ولم يخرج من الثلث فالحكم فيها التهايؤ يسكن الموصى له يوما والورثة يومين وان كان قابلا للقسمة يقسم ويسكن الموصى له فى الثلث والورثة فى الثلثين (قوله وأما الخطأ فوجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث) فان قيل القاتل

فكيف صارت نظير المال ليس بمال والجواب عن الاول أن المصنف رحمه الله نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافى بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس فى المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لان الارث خلافة ذى نسب الميت الحقيقى أو الحكمى أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكما فى ماله أو حق قابل لها بعد موته وقد فسرناه فى شرح الرسالة فى الفرائض وهو كما ترى لا ينحصر فى المال بل اذا كان حقا قابلا للخلافة يصح أن يكون موروثا ولا شك فى قبوله القصاص قال لذلك كما تقدم وعن الثانى بان المراد من قوله أوصى تبرع كما عبرنا عنه آنفا والوصية تبرع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه وعن الثالث بان المنافع أموال اذا كانت فى عقد فيه معاوضة وقوله (فيعتبر من الثلث) فيه اشكال وهو انه اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب أن لا يصح فى حصته وأجيب بان المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا

(قوله ألا يرى أنه لو وهب له شيأ وسلم جاز) أقول وفيه بحث لان الهبة فى المرض فى حكم الوصية على ما سيجىء فى كتاب الوصية

مبتدأ ولا مانع عنه ألا يرى أنه لو وهب له شيا وسلم جاز قال (واذا قطعت المرأة يد رجل الخ) اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاما أن يقتصر أو يسرى فان كان الاول صحت التسمية وصار الارش وهو خمسة آلاف درهم (١٨٩) مهرا لها بالاجماع سواء كان القطع عمدا أو خطأ وتزوجها على القطع فقط أو عليه وما يحدث منه لانه لما برأ تبين أن موجبها الارش دون القصاص لانه لا يجرى فى الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقا وان كان الثانى واليه أشار بقوله ثم مات فاما ان يكون القطع خطأ أو عمدا فان كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثانى فلها ذلك والدية فى مالها عند أبى حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فيكون مالها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا كان التزوج تزوجا على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لاسيما على تقدير سقوط القصاص فانه اذا لم يصلح مهرا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق

قال (واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففى مالها) وهذا عند أبى حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لاسيما على تقدير السقوط

الوصية فى بعض الوجوه ككونها معتبرة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه أن لا تصح هبة المجروح للقاتل كعدم صحة وصيته له فلا يجدى قدحا فيما ذكره الشراح فى تنوير جوابهم (قوله ثم القطع ان كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا) قال جماعة من الشراح فان قيل القصاص لا يجرى بين الرجل والمرأة فى الاطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصلى فى العمد القصاص قضية لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص الا أنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفى الرجل والمرأة انتهى أقول فى الجواب نظر لان اطلاق قوله تعالى والجروح قصاص لمثل ما نحن فيه ممنوع فان القصاص ينبئ عن المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة لا يتصور فيه القصاص وعن هذا اذا قطع رجل يد رجل عمدا من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة وقد حقق المصنف هذا المعنى فى أول باب القصاص فيما دون النفس بصدد الاستدلال بقوله تعالى والجروح قصاص على وجوب القصاص فى قطع يد غيره عمدا من المفصل وقد تقرر فيما مر أنه لا مماثلة بين الرجل والمرأة فى الاطراف فلا يندرج فى قوله تعالى والجروح قصاص ولئن سلم ذلك لزم أن ينتقض الجواب المذكور بما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاقتصر القطع فانه تصح التسمية فيه ويصير أرش اليد وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع صرح به الشراح قاطبة فى أول هذه المسئلة وعزاه جماعة منهم الى الامام قاضيخان والامام المحبوبى وقالوا أشار اليه المصنف بقوله ثم مات ولو كان الموجب الاصلى هو القصاص فى العمد الواقع بين أطراف الرجل والمرأة أيضا

واحد من العاقلة فكيف جوز الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صح فى نصيب القاتل أيضا مع أن الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جوز ذلك لان المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك جائز للقاتل ألا ترى أنه لو وهب له شيا وسلم جاز وقال بعضهم لا يسقط قدر نصيب القاتل وقال بعضهم يسقط الكل لانه لو بقى نصيبه يجعل كان الواجب ليس الا هذا فيتحمل عنه العاقلة ثم هكذا وهكذا الى أن لا يبقى شئ على القاتل فى الآخرة فاوجب سقوط الكل وهو الصحيح وذلك لانا لو أبطلنا الوصية فى حصة القاتل كانت الوصية كلها للعاقلة كمن أوصى لحى وميت كانت الوصية للحى تصحيحا للوصية فلو أبطلنا الوصية فى حصته ابتداء يلزمنا تصحيحها فى الانتهاء على ما ذكرنا فصححناها ابتداء قصرا للمسافة (قوله واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده) أى على موجب يده ثم مات فلها مهر مثلها قيد بالموت فى وجوب مهر المثل لانه لو لم يمت فتزوجها على اليد صحت التسمية ويصير أرش ذلك وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع سواء كان القطع عمدا أو خطأ تزوجها على القطع أو على القطع وما يحدث عنه أو على الجناية لانه لما برأ تبين أن موجبها الارش دون القصاص لان القصاص لا يجرى فى الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقا كذا ذكره الامام قاضيخان والمحبوبى رحمهما الله (قوله يكون هذا تزوجا على القصاص فى الطرف) فان قيل القصاص لا يجرى بين الرجل والمرأة فكيف يكون تزوجا على القصاص فى الطرف قلنا القصاص هو الواجب الاصلى نظرا الى ظاهر قوله تعالى والجروح قصاص الا أنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفيهما (قوله وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا) . فان قيل القصاص متقوم فى

(قوله لانه لا يجرى فى الاطراف بين الرجل والمرأة) أقول مخالف لقول المصنف وقوله بعد أسطر يكون هذا تزوجا على القصاص فى الطرف تأمل (قوله وان كان الثانى فلها

ذلك) أقول يعنى فلها مهر المثل (قال المصنف لاسيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية فى مالها) أقول فانه لما مات المقطوع يده بالسراية سقط قصاص الطرف وبدله أيضا وهو الارش فان القطع كان قتلا فيجب جزاء القتل لا القطع فوجب قصاص النفس ولعل هذا هو الوجه فى توجيه كلام المصنف وبه تندفع الشكوك والاوهام فى هذا المقام

الاولى والقصاص سقطاههنا امابقبولها التزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط واما باعتبار تعذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص
مهرا جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل الواجب فى الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسمائة دينار
وهو معلوم فالمانع أن يكون هو المهر أجيب بانه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا واذا لم

فيجب مهر المثل وعليها الدية فى مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على مانبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص فى الطرف فى هذه الصورة واذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب فى مالها لانه عمد والقياس أن يجب القصاص على مابيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان فى الدية فضل ترده على الورثة

لزم أن يكون التزوج فى صورة الاقتصار أيضا تزوجا على القصاص فلزم أن لا يتم ما صرح به من صحة التسمية ولزوم الارش مهرا لها بالاجماع فى تلك الصورة كما لا يخفى وقال صاحب العناية وتاج الشريعة فان قيل الواجب فى الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش وأرش اليد معلوم وهو خمسمائة دينار فما المانع أن يكون هو المهر قلنا أرش اليد ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا فيجب مهر المثل انتهى أقول فى جواب هذا السؤال أيضا نظر فانه ينتقض أيضا قطعا بالتزوج على يده فى صورة الاقتصار فان أرش اليد يصير مهرا لها هنالك بالاجماع كما صرح به مع تحقق الجهالة الناشئة من عدم تعين أرش اليد هنالك أيضا ثم أقول لو قال المصنف فى تعليل صورة العمد أيضا من مسئلتنا هذه مثل ما قاله فى صورة الخطأ منها من أنه يكون هذا تزوجا على أرش اليد اذ القصاص لا يجرى فى الاطراف بين الرجل والمرأة فى العمد أيضا عندنا واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان سالما عن أن يرد عليه السؤالان المذكوران ولم يحتج الى جوابيهما المذكورين فى الشروح المختلفين كما بيناه آنفا (قوله واذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية) قال فى النهاية فان قلت لم لم يجب القصاص ههنا على المرأة مع أن القطع كان عمدا وهو قتل من الابتداء فانه لما مات ظهر أن الواجب هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرا لان القصاص لا يصلح مهرا لانه ليس بمال والمهر يجب أن يكون مالا ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كانه تزوجها ولم يذكر شيأ وفيه القصاص فكذا ههنا قلت نعم كذلك الا أنه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة ولو استوفت المرأة القصاص انما تستوفى عن نفسها لنفسها وذلك محال لان الانسان لا يتمكن من الاستيفاء عن نفسه لنفسه لان الشخص الواحد لا يصلح أن يكون مطالبا بالقصاص ومطالبا به فسقط القصاص لاستحالة الاستيفاء ولما سقط القصاص بقى النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما اذا لم يسم ابتداء انتهى أقول لا السؤال شئ ولا الجواب أما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة ظاهر من قول المصنف والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه فانه اشارة الى ما ذكره فيما قبل من أن وجوب الدية ههنا دون القصاص على موجب الاستحسان فان صورة العفو أورثت شبهة وهى دارئة للقود فلم يبق محل للسؤال عن لمية عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة وأما الثانى فلان القصاص الذى جعل مهرا وجعل ولاية استيفائه للمرأة انما هو قصاص اليد دون قصاص النفس كما أفصح عنه قول المصنف فيما قبل يكون هذا تزوجا على القصاص فى الطرف واذا سرى تبين أنه قتل النفس فلم يتناوله ولاية المرأة

حق من عليه ولهذا لو صالح القاتل فى مرض موته يصح من جميع المال فيصلح مهرا كالمنافع فانها غير متقومة فى ذاتها ولكنها لما تقومت عند ورود العقد عليها صلحت مهرا قلنا القصاص ليس بمتقوم فى حق من له والمهر لا بد وأن يتقوم فى حق الرجل على الاطلاق قال الله تعالى أن تبتغوا باموالكم ولا يقال بان هذا يشكل بما اذا تزوج امرأة على خمسة آلاف درهم يظنان أنها له عليها ثم تصادقا أنه لم يكن عليها شئ يجب المسمى دون مهر المثل فينبغى أن يكون كذلك ههنا لانا نقول هنالك المسمى ما يصلح مهرا ولا جهالة فيه فلا

يصلح القصاص ولا بدله مهرا يجب مهر المثل وعليها الدية فى مالها فان قيل قبول التزوج يتضمن العفو والعفو لا يضمن فلا يجب عليها الدية أشار الى الجواب بقوله (لان التزوج وان كان يتضمن العفو لكن) نحن فيه فيما يتضمن العفو (عن القصاص فى الطرف واذا سرى تبين أنه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فتجب الدية فى مالها لانه عمد) والعاقلة لا تتحمل العمد (والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه) يريد به قوله لانه هو الموجب للعمد (واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساويا) وان لم يتساويا يرد من عليه الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطأ كان التزوج على أرش اليد واذا سرى الى النفس تبين

(قوله والقصاص سقط ههنا امابقبولها التزوج الخ) أقول بل السقوط هنا بموت المقطوع يده حيث تبين أن لا قطع على القاطع لكونه قاتلا ولا يجب بدله أيضا لعدم وجوب الاصل فتأمل (قوله ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه) أقول الظاهر أن يقول عن نفسها (قوله أجيب بانه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا) وان
أقول مخالف لما مر آنفا من قوله ويصير الارش وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع ثم الجهالة لا تمنع فيما سقط لانها لا تفضى الى المنازعة
وذلك وجه الصحة فيما مر (قال المصنف واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة) أقول قال الامام قاضيخان فى شرح

وان كان فى المهر فضل يرده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرش اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما فى اليد ولا شئ فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة فى الخطأ والمهر لها قال (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر أو خنزير ولا شئ له عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما اذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فانه يسقط أصلا (وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لان هذا تزوج على الدية وهى تصلح مهرا الا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح فى حق الزيادة على مهر

للعلة التى ذكرها المصنف فى عدم تناوله العفو الذى تضمنه التزوج فبقى السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المرأة بعد أن تبين أن قطعها صار قتل النفس ولغا ما ذكر فى الجواب المزبور اذ لم يجعل حد ولاية استيفاء قصاص النفس للمرأة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاؤها القصاص عن نفسها لنفسها (قوله وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) قال صاحب النهاية والعناية فى شرح هذا المحل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أى قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية أى وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية انتهى أقول فى التفسير الثانى خلل فان المصنف فصل فيما بعد حال الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم أن لا يتناول كلام المصنف ههنا الصورة الاولى من الصورتين اللتين ذكرهما فيما بعد فان ما يكون وصية لهم فى الصورة الاولى منهما جميع ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لا ثلثه فقط كما لا يخفى وقال صاحب الغاية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أى قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية لهم أى للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية انتهى أقول مآل هذا أيضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وان كانت العبارة مغايرة فى التفسير الثانى فانه لما بين ما ترك الميت فى قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الدية تعين أن مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكراه من أنه يجوز أن يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم أن لا يتناوله كلام المصنف ههنا على التفسير المزبور ثم أقول فى كلام المصنف ههنا احتمال آخر وهو أن يكون معناه وللعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين الآتيتين فى

يصار الى مهر المثل فاما ههنا المسمى ليس مما يصلح مهرا وهو القصاص وهو الموجب الاصلى وكذلك الارش فيه نوع من الجهالة فانه يحتمل أن يقضى به القاضى من الدراهم أو الدنانير فلهذا يصار الى مهر المثل ولهذا لو تزوجها على ألف درهم أو مائة دينار فانه يجب مهر المثل (قوله واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة) أى اذا حلت الدية لا فى الحال لتأجيل الدية وحلول مهر المثل (قوله ولا يتقاصان) لان الدية تجب على العاقلة فى الخطأ والمهر لها ولا يقال بان الصحيح أنه تجب على القاتل ثم تتحمل العاقلة فيكون أصل الوجوب على القاتل واعتبار هذا يوجب جواز المقاصة لانا نقول عند بعض المشايخ تجب على العاقلة ابتداء وعند بعضهم تتحمل العاقلة عن القاتل بطريق الحوالة والحوالة توجب البراءة فلا تقع المقاصة (قوله كما اذا سقط القصاص بشرط أن يصير مالا) بان قال أسقطت عنك القصاص بشرط أن يصير مالا فانه يسقط أصلا (قوله ولهم ثلث ما ترك وصية) أى وللعاقلة الزيادة على مهر المثل اذا خرج من الثلث وتبرأ العاقلة عن ذلك وان كانت الزيادة على مهر المثل الى تمام الدية لا يخرج من ثلث ماله فبقدر ما يخرج من الثلث يسقط عن العاقلة ويعتبر ذلك وصية لهم ويؤدون الباقى الى ورثة الزوج وفى الاوضح هذا الجواب فيما اذا كانت تخرج من الثلث صحيح على قول من لا يجعل المرأة واحدة من العاقلة فاما على قول من يجعلها واحدة من العاقلة قال بعضهم يجب ان لا تصح لانه لا بد وان يبطل الوصية فى قدر حصتها اذ لا وصية للقاتل والصحيح انه

أنه لا أرش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما فى اليد ولا شئ فيها ولا يتقاصان لان الدية على العاقلة فى الخطأ والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما وقوله (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها) ظاهر وقوله (ولا شئ عليها) أى لا دية ولا قصاص وقوله (يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أى قدر مهر المثل وقوله (ولهم) أى للعاقلة (ثلث ما ترك) أى ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية

الجامع الصغير ولا تقع المقاصة لان الدية مؤجلة ومهر المثل حال واذا حل الاجل تقع المقاصة انتهى

المثل لانه محاباة فيكون وصية فيرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال أن ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه وقال أبو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال (ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) لانه تبين أن الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن كان له القود اذا استوفى طرف من عليه القود وعن أبي يوسف أنه يسقط حقه في القصاص لانه لما

التفصيل معا لان جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز أن يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه أيضا أنه يجوز أن يكون ثلث جميع ماله أكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز أن يكون أكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لان ما يكون وصية للعاقلة انما هو مقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المصنف ههنا ليست بخالية عن القصور في افادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوي الرشاد فالاولى في تحرير المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم فان خرج من الثلث سقط والا سقط ثلث المال انتهى تامل (قوله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين) أي في التزوج على اليد وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العناية على ذلك شيأ في شرحه حيث قال يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية انتهى وتبعه الشارح العيني أقول ليس ذلك بشيء اذ لا وجه لتقييد القطع في الفصل الاول بالخطا فان الظاهر من كلام المصنف ههنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا وكذا مما ذكر في عامة الكتب من المتون والشروح أن يكون الجواب عندهما في العمد والخطا في الفصلين سواء ولقد صرح به ههنا صاحب الغاية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فاما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطا كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه أو على الجناية لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى (قوله ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) قال صاحب العناية لم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه على ما يجيء انتهى أقول هذا الكلام منه هنا كلام خال عن التحصيل لانه ان كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف بانه ترك ذكر تلك الصورة مع كون ذكرها أيضا مما يهم فلا وجه له اذ قد ذكرها أيضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف بانه لم يذكر تلك الصورة ههنا مع كون حقها أن تذكر ههنا فليس كذلك فان تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ولما كانت المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس أيضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وأخر تلك الصورة عنها وان كان مقصوده منه مجرد بيان حكم تلك الصورة أيضا دون مؤاخذة المصنف بشيء فلا فائدة فيه اذ قد بين المصنف

يصح لانه لو لم تصح الوصية في قدر حصتها لها يصح في الكل لغيرها كما اذا أوصى بثلث ماله لحي وميت تصح الوصية بكل الثلث للحي فكان اسقاط كل الدية لازما وان بطلت الوصية في حصتها فلا معنى للابطال (قوله فمن المحال أن ترجع عليهم) أي أن ترجع المرأة على العاقلة وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله وان كان مهر مثلها مثل الدية فلا شيء على العاقلة لانهم انما يتحملون عنها بسبب جنايتها فلا يغرمون لها (قوله فاتفق جوابهما في الفصلين) أي في التزوج على اليد وما يحدث عنها أو على الجناية بين الفصلين باعتبار المختلف والمتفق والا فالفصول ثلاثة

وقوله (فاتفق جوابهما في الفصلين) يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والا فالفصول ثلاثة (قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد) كلامه واضح ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه على ما يجيء

(قوله اذا كان القطع خطأ) أقول التقييد به مما لا يظهر وجهه فانه اذا كان القطع عمدا فالاتفاق في الجواب

اقدم

وقوله (ومن قتل وليه عمدا) صورته ظاهرة وكذلك دليلهما وأما دليل أبي حنيفة فيحتاج الى كلام فقوله أنه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا اليد وانما يضمنان ما أتلفاه بشهادتهما وما شهدا الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا ارتياب فيه أحد وليس أصل المسئلة ذلك وانما هي بناء على أنهما أوجباله قتل النفس وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فيضمنان لايجاب البراءة له بعد علة الضمان عليه فصار كما لو شهدا على رجل أنه أبرأ غريمه عن الدين ثم رجعوا وقوله (وانما لا يجب المال في الحال) جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب أن يضمن في الحال وقوله (وملك القصاص في النفس ضروري) جواب عن قولهما انه استوفى حقه يعني لما كان ملك القصاص ضروريا لثبوته مع المنافي وهو الحرية كما مر بحيث لا يظهر الا في هذه الاحوال الثلاثة وهي استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف في القاتل بغيرها والقطع مقصودا غيرها فيكون تصرفا في غير موضع

أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه ونحن نقول انما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال (ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة وقالا لا شيء عليه) لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع أجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برأ أو ما عفا وما سرى أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعد وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله أنه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة فان له أن يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري

حكمها فيما يجيء مفصلا ومدللا فيلغو بيان ذلك الشارح اياه ههنا (قوله ونحن نقول انما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به) قال صاحب الاصلاح والايضاح وفيه اشكال لما مر أن صورة العفو تكفي في سقوط القود لانها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما اذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا الى المقدمة القائلة أنه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى أقول جوابه انه قد تقرر عندهم أن الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة ففيما نحن فيه يكون الابراء عن النفس شبهة الشبهة لان الاقدام على القطع لا يقتضي الفراغ عما وراءه رأسا لجواز أن يستوفي القتل أيضا بعد القطع كمن له القود يستوفي طرف من عليه القود ثم يقتله فتحققت شبهة ثم ان الفراغ عما وراء القطع لا يقتضي الابراء عنه أيضا لجواز أن يفرغ منه ظنا أن حقه في القطع لا ابراء عما وراءه فتحققت شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هناك مقرر لا شبهة فيه وانما بقيت شبهة أن يكون العفو عن القطع عفوا عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة دارئة له فافترقا تامل فان هذا معنى عميق وفرق دقيق

(قوله ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض) بترديد القضاء وغير القضاء مقدم على العفو وقوله وما برأ تأكيد لقوله سرى (قوله أو ما عفا وما سرى) أي لم يظهر حاله بعد هذه المسئلة على أربعة أوجه قطع ثم عفا وبرأ أو لم يسر أو لم يعف وسرى أو عفا وسرى أو لم يعف ولم يسر والمختلف هو الاول وكذا الثالث أيضا على الخلاف في الصحيح من الرواية (قوله وله أنه استوفى غير حقه) لان استيفاء الطرف قطع وقد بينا ان حقه في القتل والقطع غير القتل وقد استوفاه من نفس متقومة فان نفس من عليه القصاص متقومة في حق سائر الناس فكذلك في حق من له القصاص (قوله وانما لا يجب في الحال) جواب اشكال وهو أن يقال اذا كان القطع غير حقه وقد استوفاه وانه مضمون عليه فلم لا يجب عليه الضمان في الحال فاجاب بما ذكر (قوله وملك القصاص في النفس ضروري) لانه ثابت على منافاة الدليل لان القاتل حر والحرية تنافي المملوكية ولكن يثبت لصيانة الدم المعصوم وحصول الزجر المقصود بشرعيته فيقدر بقدر ما تندفع به الضرورة والضرورة تندفع بظهوره عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض بالصلح لان هذه الاشياء تصرف فيه أي في القاتل أو في القصاص أما كون الاستيفاء تصرفا فيه فظاهر وكذلك العفو لانه اسقاط واسقاط الشيء تصرف فيه وكذا الاعتياض فاما قبل الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض

على حاله (قوله وانما هي بناء على أنهما أوجباله) أقول بل أباحا (قوله وذلك يبرئ القاطع عن الضمان) أقول هذا اذا كان رجوعهما قبل البرء أما اذا كان بعده ينبغي أن يضمن القاطع فانه لا يبرأ عن الضمان بعد البرء عند أبي حنيفة على أنا نقول قوله يبرئ القاطع عن الضمان قلناه طلقا أو بعد البرء والثاني باطل وفي الاول اثبات براءة لا يجب ضمان القطع وان لم يتبين الحال لا يضمن في الحال كما لا يخفى (قال المصنف وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه) أقول فيكون عفوه لغوا لاستيفائه حقه قبله مستندا

الضرورة ولاحق له فيه فيجب الضمان وقوله (فاماقبل ذلك) يعنى قبل التصرف بهذه الاشياء الثلاثة بريدبه القطع (فلم يظهر) يعنى ملك القصاص (لعدم الضرورة) وقوله (بخلاف ماذاسرى) جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله (وأما اذالم يعف وماسرى) جواب عن قولهما أوماعفى وما سرى وقوله (الصحيح أنه على الخلاف) يعنى فلا يكون مستشهدابه وكذا قوله هو الصحيح وقوله (والاصابع وان كانت تابعة) جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص فى الطرف فقطع أصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشايخ فانهم سلموا الفرق وأما صاحب الاسرار فمنعوقال لانسلم أنه لا يلزمه (١٩٤) ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفا عن الكف وقوله (ومن له القصاص فى الطرف اذا استوفاه)

واضح وقد أشرنا اليه من قبل وقوله (فصار كالامام) أى القاضى اذا قطع يد السارق فمات من ذلك فانه لاشئ عليه وقوله (والمامور بقطع اليد) كما اذا قال اقطع يدى ففعل فمات لاشئ على القاطع وقوله (فى مجرى العادة) يعنى أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله (لانه مكلف فيها) أى فى المسائل (بالفعل) اما تقلدا كالامام فانه اذا تقلد القضاء وجب عليه أن يحكم (أوعقدا) كما فى غير الامام من المسائل يعنى البزاغ والحجام فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة (والواجبات لاتتقيد بوصف السلامة كالرمى الى الحربى وفيما نحن فيه) من الاستيفاء (لاوجوب ولا التزام) اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق أى الاباحة فاشبه الاصطياد ولو رمى الى صيد فاصاب انسانا ضمن كذا هذا وطولب بالفرق بين هذا وبين المستاجر والمستعير ومعلم ضرب الصبى باذن الاب فمات وقاطع يد حربى أو مرتد أسلم بعد القطع فانه لايجب على المستاجر والمستعير للركوب اذا نفقت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وههنا يجب اذا سرى وأجيب بان فى الثلاثة الاولى حصل سبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الآذن ولو أهلك المالك دابته لم يجب عليه شئ فكذا اذا أذن بسبب الهلاك والاب اذا قتل ابنه وجب عليه الدية

لايظهر الا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه فاماقبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ماذا سرى لانه استيفاء وأما اذالم يعف وماسرى قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وماعفا وبرأ الصحيح أنه على هذا الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه قال (ومن له القصاص فى الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبى حنيفة وقالا لايضمن) لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس فى وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله أنه قتل بغير حق لان حقه فى القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح أفضى الى فوات الحياة فى مجرى العادة وهو مسمى القتل الا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدابه من المسائل الا انه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام أو عقدا كما فى غيره منها والواجبات لاتتقيد بوصف السلامة كالرمى الى الحربى وفيما نحن فيه لاالتزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

(قوله بخلاف ما استشهدابه من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام أو عقدا كما فى غيره منها) أقول فيه تساهل لان من تلك المسائل مالايجب فعله لاتقلدا ولاعقدا وهو المامور بقطع اليد فان المراد به ما اذا قال اقطع يدى ففعل فسرى الى النفس فمات كما صرح به فى الكافى وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف أو عقدا كما فى غيره منها فان العقد انما يتحقق فى البزاغ والحجام منها دون المأمور بالقطع مع أنه غير الامام وأنه من تلك المسائل أيضا ولا يجدى التشبث بالتغليب نفعا ههنا لان قوله بعده والواجبات لاتتقيد بوصف السلامة لايتمشى فى تلك المسئلة اذلايجب على المأمور بالقطع القطع بل هو تبرع منه كما لايخفى فيلزم أن

فلاضرورة فلايظهر الملك فيجب الضمان باتلافه (قوله والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف) جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص فى الطرف فقطع اصابعه ثم عفا وهو ان الاصابع وان كانت تابعة للكف قياما به فالكف تابعة لها غرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع وانها أصل فى الضمان أيضا ولكل أصبع ارش مقدر بخلاف الكف فلما صار أصلا كان للمقطوع حق الاستيفاء قصدا ويكون استيفاؤها كاستيفاء الكف بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه (قوله فصار كالامام) أى اذا قطع يد السارق فسرى ومات والبزاغ والحجام اذا فعلا معتادا والمأمور بقطع اليد كما اذا قال لرجل اقطع يدى فقطع يده فمات المقطوع من القطع لاشئ عليه وهذا لان السراية تبع لابتداء الجناية فلم يجز أن يكون ابتداء الجناية مباحا وسرايتها مضمونة (قوله ولانه جرح أفضى الى فوات الحياة فى مجرى العادة) يعنى ان الموت من الجرح ليس على خلاف العادة (قوله فاشبه الاصطياد) أى فى الاباحة والاباحة تتقيد بوصف السلامة بدليل أنه لو رمى الى صيد فاصاب انسانا يضمن كذا ههنا والله أعلم بالصواب

*(باب

(قوله يريد به القطع) أقول المضاف مقدر أى حال القطع ثم اعلم أن ضميربه راجع الى قوله قبل التصرف (قوله أو مرتد أسلم بعد القطع) أقول ثم سرى الى النفس (قوله وعلى المعلم والقاطع ضمان) أقول قوله ضمان فاعل لقوله لايجب ومعناه لايجب الضمان على المعلم بل يجب على الاب

فكذلك ههنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك دون الاذن ولما قطع وسرى كان القطع قتلا وليس له ملك القتل فكان تصرفا فى غيره لكنه وهو يوجب الضمان وأما الرابع فلان القطع مع السراية يصير قتلا من الابتداء ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الاسلام فى مباح الدم وذلك لايوجب الضمان فكذا اذا صار قتلا من الابتداء لانه مستند الى ابتداء القطع *(باب الشهادة فى القتل)* القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه فى باب على حدة (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند أبى حنيفة وقالا لايعيد وان كان خطألايعيد بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر والاصل أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق المورث عندهما وليس لابى حنيفة تمسك (١٩٥) بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا للتدافع والقياس عدم الجواز أما من جهة المورث فلان القتل لم يوجد بعد وأما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان أن السبب قد تحقق فصح من كل منهما لذلك واذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين واستدل لهما على ان طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لانه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس فيكون الملك فيه لمن له الملك فى المعوض كما فى الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه ولابى حنيفة أن طريقه طريق الخلافة وهو أن يثبت لمن يخلف ابتداء كالعبد اذا اتهب فانه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملك كما أن الميت ليس من أهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو أن يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث

(باب الشهادة فى القتل)

قال (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة) عند أبى حنيفة وقالا لايعيد (وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع) وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر لهما فى الخلافية أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك

يكون الدليل المذكور فى الكتاب قاصرا عن افادة الفرق فى حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق فى حقها أيضا بان يقال لما فعل المأمور بالقطع باذن الآمر انتقل حكم الفعل الى الآمر فصار كما لو قطع بنفسه وفى ذلك لاضمان لكن الكلام فى قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام المرام وهذا مما لاريب فيه

(باب الشهادة فى القتل)

لما كانت الشهادة فى القتل أمرا متعلقا بالقتل أوردها بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشئ كان أدنى درجة من نفس ذلك الشئ (قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لايعيد) قال فى العناية والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لابى حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا للتدافع انتهى أقول فيه بحث لان ما تمسكا به لاينتهض حجة على أبى حنيفة وما تمسك به ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين ذينك التمسكين وذلك أن القصاص وان كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على أن القصاص لايثبت الا بعد الموت والميت ليس من أهل أن يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفى ودرك الثار والميت ليس باهل لذلك لكنه حق للمورث أيضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذى هو الجناية فى حق المورث وقد صرح به فى كثير من الشروح فابو حنيفة راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتيالا للدرء وراعى فى مسئلة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال

(باب الشهادة فى القتل)

(قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة) قبلت البينة ولم يعد بالاجماع وأجمعوا أيضا على ان القاتل يحبس الى ان يحضر الغائب لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس وأجمعوا على أنه لايقضى بالقصاص مالم يحضر الغائب لان المقصود من القضاء الاستيفاء والحاضر لايتمكن من الاستيفاء بالاجماع ثم اذا قدم الغائب فانه يعيد البينة عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لايعيد وأصل الاختلاف راجع الى حق استيفاء القصاص فى الاصل لمن هو فوقع عند أبى حنيفة رحمه الله انه حق الوارث ابتداء ووقع عندهما انه حق المورث ولا يصح الاستدلال لهما بصحة العفو فان العفو عن القصاص فى جواب الاستحسان كما يصح من

ولا يجب الضمان على القاطع أيضا (قوله بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك) أقول وكذلك القطع باذن المالك الحق والمالك المطلق (قوله دون الاذن) أقول وكذلك المستاجر والمستعير يملكان المنفعة كالركوب دون الاهلاك (قال المصنف لهما فى الخلافية أن القصاص طريقه الوراثة كالدين) أقول فى شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد لهما أن القصاص يصير مملوكا للمقتول ثم يصير موروثا عنه كالدين سواء ولهذا يكون للمرأة نصيب فى القصاص والمرأة لاتملك شيئا من حق الزوج الا بطريق الوراثة

وقوله (بخلاف الدين) جواب عن قولهما كالدين (لانه) أى الميت من أهل الملك فى الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه علكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره وهذا أنسب للقواعد الفقهية فان المحل مما للشبهة فيه مجال وقوله (فان أقام القاتل البينة) واضح وقوله (لانهما يجران) تعليل لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو ما قال الامام المحبوبى لانهما زعما أن القود قد سقط وزعمهما معتبر فى حقهما وقوله (فان صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثا) يتأتى فيه الاقسام العقلية لانه اما أن يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعا أو يكذباهما أو يصدقهما القاتل دون المشهود عليه أو بالعكس والمذكور فى الكتاب أولاهو أن يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم أثلاثا لما ذكر فى الكتاب من التعليل وأشار بقوله وحده الى أنهما لو صدقاهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثى الدية لا غير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا شئ للمشهود عليه لانه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا أقر بالعفو فصار كما لو ثبت

ثم فى الدين لا تعاد البينة كذا هذا ولابى حنيفة بلى ولكن فيه شبهة ثبوته لهم ابتداء لان الميت لا ينتفع به منفعة دنيوية ولو

ثبت لهم ابتداء تعاد له البينة فكذا اذا كان فيه شبهة الثبوت انتهى وعلى هذا ينبغى أن يحمل كلام المصنف يعنى أن القصاص فيه شبهة كون طريقه الخلافة دون الوراثة فحينئذ تندفع المخالفات والمناقضات كما لا يخفى وفى شرح الامام التمرتاشى ولابى حنيفة رحمه الله أن فى القصاص شبهة ثبوته ابتداء لانهم هم الذين ينتفعون بالقصاص دون الميت فانه لا يقضى منه ديونه ولا ينفذ منه وصاياه ومن هذا الوجه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب والقصاص لا يثبت مع الشبهة ولا كذلك الخطا والدين لانه مال والميت ينتفع

فى المعوض كما فى الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين وله أن القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية لانه من أهل الملك فى الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره (فان كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص) لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه فى القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب (وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا وأحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه قال (فان كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما) لانهما يجران بشهادتهما الى أنفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا (فان صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثا) معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد أقر بثلثى الدية لهما فصح اقراره الا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه

بصحة العفو منه احتيالا للدرء أيضا وأما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته الى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه فيتجه عليهما المؤاخذة لصحة العفو من الوارث حال

المورث المجروح كذلك يصح من الوارث حال حياة المورث (قوله طريقه الخلافة) وطريق الخلافة أن الملك يثبت للخليفة كأنه هو الاصل لقيامه مقامه كالعبد يوهب له شئ فيقبل يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة بخلاف الدين لانه مال والميت أهل لملك المال ولهذا يكفن من ماله ويقضى دينه من ماله فأما القصاص فذلك الفعل والميت ليس من أهل الفعل وانه يثبت بعد الموت للتشفى ودرك الثأر والميت ليس من أهله (قوله كما اذا نصب شبكة) أى للاصطياد (قوله وهو عفو منهما) لانهما بالشهادة زعما أن القود قد سقط وزعمهما يعتبر فى حقهما (قوله معناه اذا صدقهما وحده) أى صدقهما القاتل وحده وكذبهما المشهود عليه فى شهادتهما بعفو الثالث وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل والمشهود عليه يضمن القاتل

به فثبت له ثم ينتقل الى الوارث وكذا لو انقلب القصاص مالا كان (وان

حقا للمقتول تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه انتهى والحاصل أن الامام أبا حنيفة رحمه الله تعالى تارة يعتبر الوراثة اذا كان فى اعتباره نفع فى سقوط القصاص وتارة يعتبر شبهة الخلافة اذا كان النفع فى اعتباره وفى غاية البيان ولابى حنيفة أن القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة ابتداء من وجه وذلك لانه شرع للتشفى ودرك الثأر وهذا حق الورثة ابتداء من هذا الوجه لان الميت لا ينتفع به ومن حيث انه بدل النفس حق الميت ولهذا لو انقلب مالا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه الى آخر ما ذكره قال الامام الزيلعى فى قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على أن القصاص ثبت للوارث ابتداء (قوله كما أنه ليس لهما ذلك) أقول يعنى ليس لهما تمسك كما لابى حنيفة (قوله للتدافع) أقول هذا تعليل لقوله وليس لابى حنيفة تمسك ولقوله كما أنه ليس لهما ذلك الخ يعنى للتدافع بين التمسكين (قوله وهذا لانه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) أقول يعنى الباء للمعاوضة (قوله ولا يتصور الفعل من الميت) أقول لا بد هنا من مراجعة التمرتاشى

ذلك عيانا وقوله (وان كذبهما) أى كذبهما القاتل والمشهود عليه أيضا (فلا شئ للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية) لما ذكره فى الكتاب وقوله (وان صدقهما المشهود عليه وحده) يعنى وكذبهما القاتل (غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية) لاقراره له بذلك وفى بعض النسخ ولكنه يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس أن لا يلزمه شئ لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو عن الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين فى العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما أقر به القاتل فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر لرجل بألف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لى ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا قال (واذا شهد الشهود أنه ضربه) صورة المسئلة ظاهرة وقوله (واذا كان عمدا) أقول المصنف احترز به عن الخطا

(قال المصنف ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا) أقول قال الاتقانى فعلى هذا يكون تقدير قوله وان كذبهما أى المشهود عليه وفى بعض النسخ ومعناه اذا كذبهما المشهود عليه أيضا وهو أصح انتهى وجه الاصحية نبو مساق الكلام عن

(وان كذبهما فلا شئ لهما وللآخر ثلث الدية) ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا وهذا لانهما أقرا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما فى حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك قال (واذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا) لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفى ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات

حياة المورث استحسانا بالاجماع فتدبر (قوله وان كذبهما فلا شئ لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل أيضا) قال صاحب النهاية فى شرح هذا المقام وان كذبهما فلا شئ أى وان كذبهما المشهود عليه معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم أثلاثا ثم قال وفى بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهود عليه أيضا فحينئذ كان معنى قوله وان كذبهما أى وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية أيضا الا أنه جعل النسخة الثانية أصلا على عكس ما فى النهاية وقال والاول أصح أقول مدار ما ذكرا فى شرح المقام على أنهما فهما أن مراد المصنف بقوله معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وكذا بقوله فى النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهود عليه أيضا بيان الكلام المقدر فى عبارة الجامع الصغير وهى قوله وان كذبهما فلا شئ لهما فانهما جعلا فاعل كذبهما فى قوله وان كذبهما فلا شئ لهما ضميرا راجعا الى المشهود عليه على نسخة معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وضميرا راجعا الى القاتل على نسخة معناه اذا كذبهما المشهود عليه أيضا وهذا لا يتصور الا بأن يكون مراد المصنف فى النسخة الاولى أن جملة اذا كذبهما القاتل أيضا مقدرة فى عبارة الجامع الصغير فتقديرها وان كذبهما المشهود عليه فلا شئ لهما اذا كذبهما القاتل أيضا وفى النسخة الاخرى أن جملة اذا كذبهما المشهود عليه أيضا مقدرة فيها فتقديرها وان كذبهما القاتل فلا شئ لهما اذا كذبهما المشهود عليه أيضا لكن ليس ما ذهبا اليه بسديد اذ يأباه قطعا قول المصنف معناه لان المقدر لا يكون معنى المذكور والحق عندى أن مراد المصنف بيان اعتبار مجرد قيد أيضا فى عبارة الجامع الصغير هنا كما أنه بين قبيله اعتبار قيد وحده فى

ثلثى الدية للشاهدين لا غير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا يضمن للمشهود عليه شيئا لانه أقر بالعفو حيث صدق الشاهدين (قوله وان كذبهما) أى المشهود عليه معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم أثلاثا وذلك لانهما بالشهادة أقرا بسقوط القصاص وانقلاب نصيبهما مالا وقد أقر القاتل بذلك على تقدير تصديق القاتل فلزمه ثلثا الدية لهما وثلث الدية للمشهود عليه لانه ما أقر بسقوط القصاص وانما سقط القصاص باقرار غيره (قوله وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه) لاقراره له بذلك لانه أنكر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالا بشهود صاحبيه ولكنه تصرف الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس أن لا يلزمه شئ لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما العفو على الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين فى العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما أقر به له القاتل فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر رجل بألف درهم وقال المقر له هذه الالف ليس لى ولكنها لفلان

النسخة الاولى فانه عطف على قوله صدقهما القاتل الخ ومقابل له والفاعل المذكور فيه هو القاتل فالضمير هنا يكون ذلك وأيضا ينبغى أن يقال حينئذ وله ثلث الدية دون وللآخر تدبر (قوله وفى بعض النسخ الى قوله وصار الالف لفلان كذا هذا) أقول الى هنا ما فى بعض النسخ

وتاويله اذاشهدوا أنه ضرب بشئ جارح قال (واذا اختلف شاهدا القتل فى الايام أوفى البلد أوفى الذى كان به القتل فهو باطل) لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل فى زمان أوفى مكان غير القتل فى زمان أومكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثانى عمد والاول شبه العمد ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد (وكذا اذا قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لا أدرى باى شئ قتله فهو باطل) لان المطلق يغاير المقيد قال (وان شهدا أنه قتله وقالا لا ندرى باى شئ قتله ففيه الدية استحسانا) والقياس أن

عبارته حيث قال معناه اذا صدقهما وحده فمراده على النسخة الاولى أن معنى قول محمد فى الجامع الصغير وان كذبهما اذا كذبهما القاتل أيضا أى مع المشهود عليه كما أن معنى قوله فيما قبل فان صدقهما القاتل اذا صدقهما وحده أى بدون المشهود عليه والقيدان منويان بمعونة المقام ومراده على النسخة الاخرى معنى قول محمد وان كذبهما اذا كذبهما المشهود عليه أيضا أى مع القاتل فحينئذ ينتظم الكلام ويتضح المرام (قوله وتاويله اذاشهدوا أنه ضربه بشئ جارح) قال فى الكفاية وانما أول فتكون المسئلة مجمعا عليها وقال فى معراج الدراية نقلا عن الذخيرة ماذكر فى الجامع الصغير ان كان قولهما فهو مجرى على اطلاقه وان كان قول الكل فتاويله أن تكون الآلة جارحة انتهى ثم قال جمهور الشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن الضرب به قد يكون خطا فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمدا قلنا لما شهدوا أنه ضرب به بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه به لانه لو كان مخطئا لايحل لهم أن يشهدوا أنه ضربه وانما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فاصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف انتهى وأنا أقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه أن يقال ليس لهذا التقييد ههنا وجه لانه ان أراد به أن وجوب القود فى مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح الشهود بكون ضربه عمدا لا فيما اذا أطلقوا ضربه ولم يقيدوا بكونه عمدا فليس الامر كذلك على ماذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شراح الكتاب فانه صريح فى أن تصريح الشهود بذكر العمد ليس بلازم فى وجوب القود فى المسئلة المذكورة وان لم يرد به ذلك بل كان معترفا بماذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده المزبور بل لا وجه له كما لا يخفى (قوله والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثانى عمد والاول شبه العمد ويختلف أحكامهما) أقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بآلة غير القتل بآلة كما قال فى الزمان والمكان لكان أجمل وأشمل أما كونه أجمل فظاهر وأما كونه أشمل فلان الاختلاف فى الذى كان به القتل غير منحصر فى الاختلاف فيما يوجب الاختلاف فى الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف فى غير ذلك

جاز وصارت لفلان كذا هذا (قوله وتاويله اذاشهدوا أنه ضربه بشئ جارح كالسيف وما يجرى مجراه) وانما أول بالجارح لتكون المسئلة مجمعا عليها فان قيل الشهود وان شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن الضرب قد يكون خطا فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمدا قلنا لما شهدوا أنه ضربه بالسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لايحل لهم أن يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فاصابه كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده (قوله واذا اختلف شاهدا القتل فى الايام) بان شهد أحدهما ان القتل كان فى يوم الخميس وشهد الآخر انه كان فى يوم الجمعة أوفى البلدان بان شهد أحدهما ان القتل فى بلد كذا وشهد الآخر انه كان فى بلد آخر أوفى الذى كان به القتل أى فى الآلة (قوله لان المطلق يغاير المقيد) لانه يحتمل أن يكون عمدا ويحتمل أن يكون شبه عمد ويحتمل أن يكون خطأ والقتل بالعصا شبه عمد فلم يثبت الاتفاق فى المشهود به والاتفاق شرط (قوله والمطلق ليس بمجمل) فان المطلق ممكن العمل ألا ترى ان الله تعالى أوجب الكفارة بتحرير رقبة مطلقة ووجب العمل به ولو كان

لا

ثم قال (وتاويله اذاشهدوا أنه ضربه بشئ جارح) لانه اذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند أبى حنيفة كما تقدم قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن قد يكون خطا فكيف يثبت القود وأجيب بانهم لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لايحل لهم أن يشهدوا أنه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف (وقوله واذا اختلف شاهدا القتل) ظاهر وقد تقدم فى الشهادات أن اختلاف الشاهدين فى الاموال يمنع عن الحكم بها ففى النفوس أولى وقوله (لان المطلق يغاير المقيد) فان المطلق يوجب الدية فى ماله والمقيد بالعصا على العاقلة وقوله (فان شهدوا أنه قتله) واضح

(قوله وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية الخ) أقول لكن يرد على المصنف أنه اذا كان جواب المسئلة ماذكره المجيب وقد نص عليه الامام خواهر زاده يكون التقييد بقوله اذا كان عمدا للاحتراز عن الخطأ مما بعد القوابل خطا لايهامه خلاف الواقع فتامل

لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم فى الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه وأولوا كذبهم فى نفى العلم بظاهر ما ورد باطلاقه فى اصلاح ذات البين وهذا فى معناه

أيضا كالسيف والرمح فان القتل بكل واحد منهما عمد يوجب القود ومع ذلك لو قال أحد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما أيضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد فى الكافى حيث قال ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه طعنه برمح أوشهد أحدهما أنه ضربه بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أواختلفا فى مكان القتل أووقته أوموضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى (قوله ولانه يحمل اجمالهم فى الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه) فيه صنعة التجنيس التام كما فى قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون مالبثوا غير ساعة فالاجمال الاول ههنا بمعنى الابهام والثانى بمعنى الصنيع وهو الاحسان ثم ان كثيرا من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو أن يقال الشهود فى قولهم لا ندرى باى شئ قتله اما صادقون أوكاذبون وعلى كلا التقديرين ينبغى أن لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل فقال فى جوابه أنهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندرى اختاروا حسبة الستر على القاتل وأحسنوا اليه بالاحياء وجعل كذبهم هذا معفوا عند الله تعالى لما جاء فى الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فبتاويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله أولوا كذبهم بظاهر ما ورد باطلاقه أى بظاهر ما ورد بتجويز الكذب انتهى كلامهم أقول فيه نظر اذ لا ورود لما ذكروه على وجه الاستحسان أصلا حتى يرتكب المصنف لدفعه هذا المضيق وذلك لان ماذكروه من المحذور فى صورة ان صدق الشهود هو بعينه ماذكره المصنف فى وجه القياس فى هذه المسئلة وقد حصل الجواب عنه فى وجه الاستحسان الذى ذكره من قبل توضيحه هو أنه لم تكن شهادة واحد منهم بالقتل بآلة وشهادة الآخر منهم بالقتل بآلة أخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم فى الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة بل كانت شهادة كل واحد منهم بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ولهذا وجب العمل به كما عرف فى أصول الفقه فيحمل على الاقل المتيقن فيجب أقل موجبيه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه فلا يتوجه أن يقال ان صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف باختلاف الآلة وأيضا قول المصنف فى ذيل هذا الكلام فلا يثبت الاختلاف بالشك يابى كون مراده بكلامه هذا هو الجواب عما ذكره هؤلاء الشراح اذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار أنهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على تاويلهم كذبهم بما ورد فى الحديث فلا يبقى الاحتياج اذ ذاك الى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك بل لا يكون له مساس بالجواب المذكور فيلزم أن يكون لغوا من الكلام والحق عندى أن قول المصنف ولانه يحمل اجمالهم فى الشهادة الخ وجه آخر للاستحسان يظهر تقريره وتطبيقه للمقام بادنى تامل صادق ويخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس فى هذه المسئلة مذكور فى الكافى وغيره وهو أن الشهادة بالوجه المذكور غفلة من الشاهدين فلا تقبل (قوله وهذا فى معناه) قال جمهور الشراح أى ستر الشاهد على المشهود عليه فى معنى

مجملا لما وجب العمل به كذا ذكره الامام الكسائى (قوله على اجمالهم بالمشهود عليه) أى احسانهم فى حقه بالستر عليه (قوله وأولوا كذبهم فى نفى العلم) أى الشهود أولوا قولهم لا ندرى مع أنهم يعلمون بظاهر ما ورد من الحديث باطلاق الكذب باطلاقه أى بتجويز الكذب فى اصلاح ذات البين وهو قوله عليه السلام ليس بكذاب من يصلح بين اثنين (قوله وهذا فى معناه) أى ستر الشاهد على المشهود عليه ما يوجب

وقوله (لانه يحمل اجمالهم فى الشهادة) فيه صنعة التجنيس التام كما فى قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون مالبثوا غير ساعة الاول بمعنى الابهام والثانى بمعنى الصنيع وهو الاحسان وهو فى الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو أن يقال الشهود فى قولهم لا ندرى باى شئ قتله اما صادقون أوكاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب أن لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فسقة ووجه ذلك أنهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندرى اختاروا حسبة الستر على القاتل وأحسنوا اليه بالاحياء وجعل كذبهم هذا معفوا عند الله لما جاء فى الحديث ليس كذاب من يصلح بين اثنين فبتاويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله (وأولوا كذبهم بظاهر ما ورد باطلاقه) أى بتجويز الكذب (وقوله وهذا فى معناه) أى ستر الشاهد على المشهود عليه فى معنى اصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب اليه ههنا كما أن الاصلاح مندوب اليه هنالك فكان ورود الحديث هنالك ورودا ههنا

(قوله بجامع أن العفو مندوب اليه ههنا الخ) أقول ينبغى أن يكون المراد بالعفو ترك القصاص والا فهو تاول الوجوب حيث لا وجوب للقصاص لاعفو منه ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر بان يقال انه لا يكذب العفو لانه فرع وجوب القصاص والاظهر أن يقول بجامع أن الستر مندوب اليه أو يقال هذا الاصلاح معنى حيث يخلصه بهذا الكذب عن القتل الذى لا مضرة فوقه وأى اصلاح يعادله وأنت

فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال (واذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله أن يقتلهما وان شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله) والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاولى من المقر له وفي الثانية من المشهود له غير أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

اصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب اليه ههنا كما أن الاصلاح مندوب اليه هنالك فكان ورود الحديث هنالك وروداههنا انتهى أقول فيه بحث لان المندوب اليه في باب القتل انما هو عفو أولياء القتيل دون عفو الشهود كيف ولو كان العفو حق الشهود لكان الافضل لهم أن لا يشهدوا رأسا بما يتعلق بالقتل كما في الحدود فلزم أن لا يوجد الباعث على ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة ههنا بخلاف اصلاح ذات البين فانه يتوقف على ارتكاب الكذب فيرخص الكذب هنالك وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال ينبغي أن يكون المراد بالعفو درء القصاص والا فهو تلو الوجوب فحيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه ثم قال والاظهر أن يقول بجامع أن الستر مندوب اليه انتهى أقول يرد على توجيهه أيضا أن يقال لو كان درء القصاص من غير شبهة مندوبا اليه وكان درؤه جائزا للشهود بعد أن عاينوا القتل بجارح عمدا لكان عليهم أن لا يشهدوا بالقتل أصلا فلا يوجد ما يسوغ ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذكورة هنا ثم ان ورود هذا على ما عداه أظهر ههنا أظهر اذ لو كان ستر القصاص مندوبا اليه لكان الافضل للشهود أن يستروه مرا بأن لا يشهدوا بالقتل أصلا كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط تأمل ترشد (قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك) قال في العناية يعني اذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجملوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى أقول لقائل أن يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك أيضا ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين فاذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور القبول تدبر (قوله غير أن تكذيب المقر له في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا) قال صاحب الغاية في هذه المسئلة اذا أقر كل واحد منهما بالقتل فقد أقر كل واحد منهما بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما باتلاف بعض النفس والقصاص يجب باتلاف البعض كما يجب باتلاف الكل فلهذا كان له أن يقتلهما وأما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية في بيان صورة الاقرار لما أقر كل واحد منهما بالقتل صدق الولي بقوله قتلتماه كل واحد منهما في نصف القتل وكذبه في النصف والتكذيب في نصف ما أقر به لا يبطل الاقرار أما التكذيب في كل ما أقر به يبطل الاقرار لانه حينئذ يكون ردا لاقراره والاقرار يرتد بالرد انتهى أقول هذا الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما مر غير مرة أن القتل لا يتجزأ فكيف يتصور اتلاف بعض النفس ونصف القتل كما زعماه وبنيا عليه معنى المقام وأيضا قد مر أن الاصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص باتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب أن معنى المقام هو

القتل في معنى اصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب ههنا كما أن الاصلاح مندوب هنالك فكان ورود الاطلاق والتجوز هنالك وروداهنا (قوله غير أن تكذيب المقر له في بعض ما أقر به) قيد بالبعض لان تكذيب المقر له في كل ما أقر به ردلاقراره فيبطل به والله أعلم بالصواب

وقوله (فلا يثبت الاختلاف بالشك) يعني اذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجملوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك (وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة) وقوله (واذا أقر الرجلان الخ) مسئلتان مبناهما على ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي فان من أقر بالف درهم وصدقه المقر له في النصف وكذبه في النصف يصح الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما يشهد به يبطل شهادته أصلا لكونه تفسيقا له وفسق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقيد بقوله في بعض ما أقر به لانه اذا أكذبه في كل ما أقر به بطل الاقرار لانه رد لاقراره وعلى هذا لو قال المقر له بدل قوله قتلتماه صدقتما لم يكن له أن يقتل واحدا منهما لان معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه أنت قتلت وحدك وفي ذلك تكذيب الآخر في الجميع وهو تكذيب لهما

تجبير اذا قيل مراد من العفو الدرء لا يدفع المحذور

*(...)

(باب في اعتبار حالة القتل) لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به (ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية لورثة المرتد عند أبي حنيفة وقالا لاشئ عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه وذلك ابراء للضامن) لان من أخرج المتقوم عن التقوم سقط حقه كالمغصوب منه اذا أعتق المغصوب فانه صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه وصار به مبرئا (كما اذا أبرأه) أي الرامي عن الجناية أو حقه (بعد الجرح) أي انعقاد سببه وهو الرمي قبل أن يصيبه السهم (ولابي حنيفة أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده) وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب (فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم) واستوضح اعتبار وقت الرمي بما اذا رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم أصاب فان ردته بعد الرمي لا تحرم لان فعله ذكاة شرعا وقد تم موجبا للحل بشرطه وهو التسمية وبما اذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة فانه صحيح وهذه العبارة أنسب مما قاله المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لامكان اعتبار وقت الاصابة هنالك فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمد فالواجب القصاص أجاب بقوله (والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة) يعني الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة (ووجبت الدية) أي في ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شئ في قولهم جميعا (وكذا اذا رمى حربيا فاسلم) ثم وقع به السهم (لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك) ونوقض بما اذا رمى الى صيد في الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامي وأجيب بان جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة المحرم واشارته وهذا لا يكون أقل من ذلك

(قال المصنف وقالا لاشئ عليه) أقول قال الكاكي وبه قالت الائمة الثلاثة لان التلف حصل في محل لا عصمة له فيكون هدرا كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات وكما لو أبرأه بعد الجرح أي عن الجناية أو حقه وكما لو أبرأه عن حقه أو الجناية ثم أصابه السهم وكما لو أعتق المالك العبد المغصوب يصير مبرئا للغاصب عن الضمان كذا ذكره في جامع صدر الاسلام انتهى وفي شرح شاهان وبخلاف ما اذا ارتد بعد الجرح لان عدم وجوب الضمان باعتبار أن الارتداد قاطع للسراية كالعتق لا باعتبار أنه صار مبرئا انتهى (قال المصنف لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا) أقول قال الاتقاني هذا لا يصح لان عنده يعني عند المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يكون مبرئا عن ضمان الجناية كذا ذكره قاضيخان انتهى وفيه بحث (قال المصنف كما اذا أبرأه) أقول أي بالارتداد فانه اذا ارتد بعد الجرح قبل الموت لا تجب الدية ويجوز أن يكون المراد بالابراء العفو لكن الاول أنسب للمقام (قوله أو حقه بعد الجرح الخ) أقول لا تمس الحاجة الى اخراج الكلام عن ظاهره هنا فانه على ظاهره يصح أن يكون مقيسا عليه لصورة النزاع بخلاف ما في دليل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من قوله حتى جاز بعد الجرح قبل الموت كما لا يخفى (قوله أي انعقاد سببه وهو الرمي قبل أن يصيبه السهم) أقول فيه شئ (قال المصنف ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شئ عليه في قولهم جميعا) أقول قال الكاكي في معراج الدراية أي في قول أصحابنا وقال الشافعي وأحمد يجب عليه في المرتد والحربي اذا أصابهما الرمية بعد اسلامهما الدية لان

(باب في اعتبار حالة القتل)

قال (ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة وقالا لاشئ عليه) لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية (ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلاشئ عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم) لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك

أن كل واحد منهما أقر بالقتل بانفراده وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلتماه جميعا في بعض ما أقر به وهو القتل وكذبه في بعضه الآخر وهو انفراده فعلى مقتضى أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي يؤاخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فللولي أن يقتلهما جميعا وان رد انفراد كل واحد منهما بالقتل ويصير كما اذا قتل جماعة واحدا عمدا حيث يقتص من جميعهم اجماعا بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب

(باب في اعتبار حالة القتل)

لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح (قوله وقالا لاشئ عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه) قال في العناية لان أبا حنيفة

(باب في اعتبار حالة القتل)

(قوله لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه) لان من له الحق متى أخرج المتقوم عن التقوم يصير مبرئا للضامن عن الضمان كالمغصوب منه اذا أعتق المغصوب يصير مبرئا للغاصب عن الضمان (قوله ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل) أي حل الصيد وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح

(وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي) حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألف درهم و بعده ثمانمائة درهم لزمه مائتا درهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال الاصابة العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد أو جرحه ثم أعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شئ من الدية والقيمة وانما يضمن النقصان واذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي وهي جناية تنتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك أي فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي ولهما أنه يصير قاتلا الى آخره في الكتاب

قال (وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى) عند أبي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة له أن العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته

رحمه الله يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى أقول لهما أن يقولا في الجواب عنه انا لا نريد بالابراء في قولنا انه بالارتداد صار مبرئا حقيقة الابراء بل نريد بذلك الابراء الحكمي لانه بارتداده لما أسقط تقوم نفسه شرعا أسقط حقه معنى لان ما لا تقوم له لا ضمان له في الشرع فصار فعله في حكم الابراء شرعا سواء طابق اعتقاده أو لم يطابق ولعل تفريع المصنف قوله فيكون مبرئا للرامي عن موجبه على قوله لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه يومي الى ما ذكرناه (قوله وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهما الله) قلت لعل وجه عدول المصنف ههنا عن التحرير المألوف حيث لم يقل فيما قبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما هو المعتاد في نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله هو أن كون أبي يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكر فخر الاسلام البزدوي في شرحه قوله مع أبي حنيفة كما بين في غاية البيان فلو قال المصنف في أول المسئلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف في نظائره فغير الاسلوب اشارة الى أن فيه اختلاف الرواية وان المختار عنده كون قوله مع أبي حنيفة (قوله ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته) قال الشراح من أبو

قبل الموت والجرح سبب الموت فصار كانه قتله حين جرحه والرمي سبب الجرح يصح التكفير قبل الاصابة أيضا وفي الجامع الصغير لقاضيخان فيصير قاتلا من وقت الرمي ولهذا لو كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة صح تكفيره (قوله له ان العتق قاطع للسراية) أي لمحمد رحمه الله كما اذا قطع يد عبد أو جرحه ثم أعتقه المولى ثم سرى فالعتق يقطع السراية حتى لا يجب بالسراية بعد العتق شئ أي لا يضمن دية ولا قيمة وانما يضمن النقصان فكذلك ههنا وهذا لان توجه السهم عليه أوجب اشرافه على الهلاك فصار ذلك كالجرح الواقع به ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي فيعتبر قيمته يومئذ وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله ظاهر لانه يعتبر وقت الرمي وأما أبو يوسف رحمه الله فانما لم يعتبر وقت الرمي فيما اذا رمى مسلما فارتد المرمي اليه لانه اعترض على المحل ما يبطل عصمته وهنا الحرية تؤكد عصمته واذا اعتبر قاتلا من وقت الرمي وانه مملوك في تلك الحالة فيجب القيمة لان الفعل انعقد من الابتداء موجبا للقيمة فلا يتغير باعتراض الحرية بخلاف القطع والجرح والضرب الممرض لانه اتصل الفعل بالمحل وتأثر به المحل

وهو ظاهر على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف يحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله قبل الاصابة حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهو أن المرمي اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمنافي وأما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد

الاعتبار بحالة الاصابة اذ الرمي سبب والاصابة جناية والاعتبار بحالة الجناية كما لو حفر بئرا الحربي فوقع فيها بعد اسلامه وقلنا ان الرمي لم ينعقد موجبا للضمان لان المرمي غير متقوم وان أصابه متقوما بعده وان أصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما سيجيء وكذا في مسئلة الذمي ثم تمجس وكذا في مسئلة المحرم الا أنهما يقولان في مسئلة رمى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير مبرئا للرامي عن الضمان ولهذا قالوا يصير بالارتداد مبرئا والابراء انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة رحمه الله يقول بالارتداد لا يصير مبرئا لان عنده الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن الضمان كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي الى هنا كلام العلامة الكاكي الا أن قول المصنف فيعتبر حالة الرمي ينبو عن ذلك بعض نبوة (قوله ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد) أقول المعتبر فيها أيضا عنده وقت الرمي فيها لكنه يقول صار بالارتداد مبرئا عن الضمان ولو لم يكن المعتبر وقت الرمي فيها لم يصح قوله صار مبرئا فان الابراء بعد تحقق السبب وانعقاده

بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى و بعد السراية لو وجب شئ لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية أما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لانه لا أثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تخالف النهاية البداية فتجب قيمته للمولى وزفر وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال (ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شئ على الرامي) لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها (واذا رمى المجوسي صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل) لان المعتبر حال

حنيفة في هذه المسئلة على أصله وأبو يوسف فرق بين هذه و بين ما تقدم و وجه الفرق أن المرمي اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما فصار مبرئا عن الجناية اذ الضمان يعتمد العصمة والردة تنافيها وأما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى اه أقول في وجه الفرق نظر لان الاعتاق وان لم يناف العصمة الا أنه ينافي كون المحل مالا متقوما فينبغي أن يصير المولى أيضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمي اليه باعتاقه اياه قبل الاصابة لان ضمان القيمة انما يتصور فيما هو مال متقوم ولما أخرجه المولى بالاعتاق من أن يكون مالا متقوما فقد أسقط حقه في قيمته ألا يرى ان المغصوب منه اذا أعتق العبد المغصوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه بالاجماع كما صرحوا به فلم لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر الفرق المزبور من قبل أبي يوسف قال ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد اه أقول ليس هذا بسديد لانه مع كونه ظاهر الفساد اذ لو لم يعتبر أبو يوسف وقت الرمي في صورة الارتداد لما صح منه القول بانه صار بالارتداد مبرئا عن الضمان فان الابراء انما يصح بعد انعقاد السبب يخالف لما صرح به كبار المشايخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية فانه قال في النهاية وهما يقولان بقول أبي حنيفة في أن المعتبر حالة الرمي ولهذا وافقاه في هذه المسائل يعني المسائل الآتية في الكتاب ونظائرها الا أن المرمي اليه في مسئلتنا لما ارتد صار مبرئا للرامي عن الدية باخراجه نفسه من أن يكون معصوما وفعله معتبر في اسقاط حقه كما اذا أبرأ المغصوب منه الغاصب باعتاق المغصوب على ما ذكرنا الا أن أبا حنيفة يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى وقال في معراج الدراية وأصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما يجيء وكذا في مسئلة الرمي ثم تمجس وكذا في مسئلة المحرم على ما سيجيء الا أنهما يقولان في مسئلة ان رمى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير مبرئا للرامي عن الضمان ولهذا قالا يصير بالارتداد مبرئا والابراء انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة يقول بالارتداد لا يصير مبرئا لان في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن الضمان كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي اه (قوله أما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ لانه لا أثر له في المحل) أقول لمتوهم

وانه يوجب الضمان للمولى و بعد السراية لو وجب شئ لوجب للعبد فيلزم مخالفة نهاية الفعل بدايته فلابد من ان يجعل العتق قاطعا للسراية بهذه الضرورة ولا ضرورة في الرمي لانه لا أثر له في المحل قبل الوصول وانما يقل الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا يلزم المخالفة في البداية والنهاية في استحقاق الضمان فيجب القيمة للمولى ومحمد رحمه الله يحتاج الى الفرق أيضا فانه لم يعتبر ههنا لا حالة الرمي ولا حالة الاصابة وفيما تقدم مع أبي يوسف رحمه الله لمحمد رحمه الله ان نهاية الجناية مخالفة لابتدائها فلا يمكن اعتبارهما معا لان ذلك يوجب ان يكون الواجب مشتركا بين المولى والعبد والفعل لم ينعقد موجبا لهذا ولا اعتبار أحدهما دون الآخر فيصار الى ما ذكر من اعتبار الفصل بخلاف الاول فانه بالارتداد يكون مبرئا فيسقط الضمان (قوله و زفر رحمه الله وان كان يخالفنا في حق وجوب القيمة) أي يجب الدية عنده نظرا الى حالة الاصابة (قوله ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود) الى آخر الباب ففي هذه المسئلة كلها يعتبر حالة الرمي

(وقوله بخلاف القطع والجرح) جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة الجرح والقطع استشهادا على قطع السراية وتحقيقه أن العتق فيهما أوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فان ذلك بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم تحققه في المتنازع فيه لان الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لعدم أثر منه في المحل وانما تقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابتداء فتجب قيمته للمولى وزفر وان كان يخالفنا في وجوب القيمة يعني ويقول بالدية نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه والباقي ظاهر الخ والله سبحانه وتعالى أعلم

الرمى فى حق الحل والحرمة اذالرمى هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده (ولورمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم أحرم فلاشئ عليه) لان الضمان انما يجب بالتعدى وهو رميه فى حالة الاحرام وفى الاول هو محرم وقت الرمى وفى الثانى حلال فلهذا افترقا

(كتاب الديات)

قال (وفى شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه فى أول الجنايات

أن يتوهم أن هذا الكلام ينافى ماقاله فى صدر دليلهما من أنه يصير قاتلا من وقت الرمى فان القتل لا يتصور بدون اتلاف شئ من المقتول والجواب أن معنى ماقاله فى صدر دليلهما هو أنه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمى من جهة استناد الحكم الى وقت الرمى عند الاتصال بالمحل وقد أشار اليه صاحب الغاية بقوله هنا وانما انقلب الرمى علة للاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمى فكأنه وجد من ذلك الوقت انتهى

(كتاب الديات)

قال الشراح ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما أن الدية احدى موجبى الجناية فى الآدمى المشروعين صيانة لكن القصاص أشد صيانة فقدم انتهى أقول يرد على ظاهر هذا الوجه انه انما يقتضى أن يذكر الديات فى كتاب الجنايات كالقصاص بان يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنايات لكون كل منهما موجب الجنايات لا أن يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع فى الكتاب والجواب أن مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنايات وهذا المقصود يحصل بما ذكروه قطعا وأما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من أبواب الجنايات فله وجه آخر لم يذكروه أصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحقت أن تجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلاة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر أنواع البيع ثم اعلم أن ماوقع فى الكتاب وضع القدورى فى مختصره وأما الشيخ أبو الحسن الكرخى فقدم فى مختصره كتاب الديات على كتاب الجنايات والشيخ أبو جعفر الطحاوى قدم القصاص على الديات ولكن جعلهما فى كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديات والامام محمد رحمه الله ذكر أحكام الجنايات فى كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات أصلا عامة لان أحكام الجنايات هى الديات فان القصاص لايجب الا بالعمد المحض والدية تجب فى شبه العمد وفى الخطا وفى شبه الخطا وفى القتل بسبب وفى العمد أيضا اذا تمكن فيه الشبهة فرجح جانب الدية فى نسبة الكتاب اليها ثم ان الدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر كذا ذكر فى المغرب وعامة الشروح قال فى القاموس الدية بالكسر حق القتيل جمعها ديات وقال فى الصحاح وديت القتيل أديه دية اذا أعطيت ديته وقال فى الكافى الدية المال الذى هو بدل النفس والارش اسم للواجب على مادون النفس انتهى أقول الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ماسيجئ فى الفصل الآتى من أن فى المارن الدية وفى اللسان الدية وفى اللحية الدية وفى شعر الرأس الدية وفى الحاجبين الدية وفى العينين الدية وفى اليدين الدية وفى الذكر الدية وفى الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل التى أطلقت الدية فيها على ما هو بدل مادون النفس وكذا ماورد فى الحديث وهو ماروى سعيد بن المسيب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى النفس الدية وفى اللسان

بالاجماع فظهر من هذا ان المعتبر حالة الرمى عندهما أيضا الا ان المرمى اليه فيما اذا رمى مسلما فارتد ثم أصابه صار مبرئا للرامى عن ضمان الجناية فلم يجب شئ بخلاف هذه المسائل والله أعلم بالصواب

(كتاب الديات)

الدية لغة مصدر من ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس ثم قيل للمال الذى هو بدل النفس الدية تسمية بالمصدر والارش اسم للواجب على مادون النفس (قوله وقد بيناه فى أول الجنايات)

قال

(كتاب الديات)
ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما أن الدية احدى موجبى الجناية المشروعين للصيانة لكن القصاص أشد صيانة فقدم ومحاسنها محاسن القصاص والدية مصدر من ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس كالعدة من وعد قال) وفى شبه العمد دية مغلظة) شبه العمد قد تقدم معناه وحكمه الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه فى أول الجنايات

(كتاب الديات)
قال الزيلعى الدية هى اسم للمال الذى هو بدل النفس ومصدر يقال ودى القاتل المقتول دية اذا أعطى وليه ذلك سمى ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر اه والاولى أن يقال الدية هى المال الواجب بالجناية فى نفس أو طرف (قوله لما ان الدية احدى موجبى الجناية المشروعين للصيانة) أقول فان قيل اذا كانت الدية احدى موجبيها ينبغى أن تذكر فى كتابها فى باب مستقل ولا تجعل كتابا على حدة قلنا نعم الا أنه نظر الى عموم مباحثها وعموم مواردها وكثرة الاختلافات فيها ولهذا عنون محمد كتاب الجنايات بكتاب الديات وذكر أحكام الجنايات فيها من القصاص وغيره

قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية (فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا يجزئ فيه الاطعام) لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء

الدية وفى المارن الدية وهكذا هو فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضى الله عنه كما سيأتى فالاظهر فى تفسير الدية ماذكره صاحب الغاية آخرا فانه بعد أن ذكر مثل ماذكر فى المغرب وعامة الشروح قال والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمى أو طرف منه سمى بها لانها تودى عادة لانه قلما يجرى فيه العفو لعظم حرمة الآدمى انتهى (قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص فى كونهما بالتحرير أو الصوم فقط فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف اه أقول أخل الشارح المذكور بحق المقام فى تحريره هذا أما أولا فلانه خص بالذكر فى بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليلا عليه فقد قصر فى البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين اذا لم يجد رقبة مؤمنة ولم يصب فى سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين مع أن الدليل عليه قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وحده وانما قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الآخر من كفارته الذى لم يذكره فى المدعى بخلاف تحرير المصنف فانه بين كل واحد من قسمى كفارته على ترتيبهما حيث قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة ثم قال فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال فى تعليل الاول لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ولم يذكر آخر الآية وقال فى تعليل الثانى بهذا النص أى بآخر هذا النص وهو قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وأما ثانيا فلانه قال وهو نص فى كونهما بالتحرير أو الصوم فقط وفرع عليه قوله فلا يجزئ فيه الاطعام فان كان مدار قيد فقط فى قوله وهو نص فى كونهما بالتحرير أو الصوم فقط وكذا مدار التفريع فى قوله فلا يجزئ فيه الاطعام على أن تخصيص التحرير والصوم بالذكر فى الآية يدل على نفى ماعداهما كان ذلك قولا بمفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وان كان مدارهما على ماذكره المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم اجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهما قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وقوله أو لكونه كل المذكور على ماعرف كان قوله لانه لم يرد به نص الخ بعد تفريع عدم اجزاء الاطعام على ماقبله كلاما مختلا اذ يكون المفرع عليه اذ ذاك دليلا على المفرع فيصير قوله فلا يجزئ فيه الاطعام من قبيل تفريع المدعى على الدليل فلا جرم يصير قوله لانه لم يرد به نص الخ دليلا آخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة واو العطف بان يقال ولانه لم يرد به نص الخ كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام بخلاف تحرير المصنف فانه جعل قوله ولا يجزئ فيه الاطعام كلاما مبتدأ مطلوبا بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار فى أسلوب تحريره أصلا (قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) قال الشراح يعنى أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لا لتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقى منه شئ ومثله مخل اه أقول يشكل هذا بالحرمان عن الميراث فانه جزاء القتل أيضا فى العمد وشبهه والخطا وشبهه كما مر فى أول كتاب الجنايات مع أنه ليس بداخل فى الواقع بعد فاء الجزاء فى الآية المذكورة فليتأمل (قوله

أى بينا شبه العمد (قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) يعنى ان الفاء للجزاء وجزأ بالهمز أى كفى وانما يكون كافيا اذا كان المذكور كل الواجب اذ لو كان شئ آخر واجبا لكان المذكور بعض الجزاء أو لكونه كل المذكور فلو كان شئ آخر واجبا والموضع موضع الحاجة الى البيان لكان

(وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة) الى قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص فى كونهما بالتحرير أو الصوم فقط (فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف) وقوله (ولانه جعل المذكور كل الواجب) استدلال من الآية بوجهين آخرين أحدهما بالنظر الى الفاء وذلك لان الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون

كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله محل ألا ترى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق وفي ذيته أن يقول وعبدي حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء الا المذكور لئلا يختل الفهم والآخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحجة الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان (على ماعرف) يعني في أصول الفقه (ويجزيه (٢٠٦)

رضيع أحد أبويه مسلم) لان شرط هذا الاعتاق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام أحد الابوين والثاني بالظهور اذ الظاهر سلامة أطرافه ولا يجزيه مافي البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطا لما تلونا) يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة (وديته) أي دية شبه العمد (عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة) ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب (وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها) والخلفات جمع خلفة وهي الحوامل من النوق فقوله في بطونها أولادها صفة كاشفة والضمير في كلها الثنية واستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها أولادها ولهما

أو لكونه كل المذكور على ماعرف (ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم) لانه مسلم به والظاهر سلامة أطرافه (ولا يجزئ مافي البطن) لانه لا تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطا) لما تلوناه (وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة) وقال محمد والشافعي أثلاثا ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها لقوله عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها أولادها

أو لكونه كل المذكور على ماعرف) يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان وحيث لم يذكر دل أنه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان كما عرف في أصول الفقه كذا في الشروح كلها قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان السكوت لا يدل على أن المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولم يذكر فيه الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول ثمة وجد بيان بنص آخر ونقول لا نسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن أصحابنا أن الكفارة لا تجب في شبه العمد اهـ أقول في كل من جوابيه نظر أما في الاول فلان التشبث بوجود نص آخر في مادة النقض وعدم وجوده فيما نحن فيه مصير الى الاستدلال بالوجه الاول الذي ذكره المصنف بقوله لانه لم يرد به نص فيلزم أن لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلا مستقلا بل يلزم أن يكون مستدركا وأما في الثاني فلان اللازم للمجيب دفع النقض عما ذكر في الكتاب لانه هو المورد للسؤال ولا شك أن ماذكر فيه مبني على وجوب الكفارة في شبه العمد وأما رواية عدم وجوبها فيه فبمعزل عنه فلا وجه للمصير اليه هنا كما لا يخفى ثم ان صاحب العناية قال في تفسير قول المصنف أو لكونه كل المذكور أي لكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني أقول ليس ذاك بسديد اذ لا يخفى أن كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى انما هو تحرير رقبة مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده وأما اطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الاخير الذي يتم به الكل فأمر قبيح لا يناسب شرح الكتاب فالحق في التفسير أن يقال أي ولكون ماذكرنا من التحرير والصيام كل المذكور

مذكورا وحيث لم يذكر علمنا أن المذكور كل الواجب وهذه قضية متلقاة من جهة الشرع فينتهي الى ما انهانا الشرع اليه ولا يقال بان السكوت لا يدل على ان المذكور كل الواجب لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد الحديث ولم يذكر فيه الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول ثم وجد بيان بنص آخر أو نقول لا نسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن أصحابنا ان الكفارة لا تجب في شبه العمد (قوله ويجزيه رضيع أحد أبويه مسلم لانه مسلم به) لا يقال بان الايمان منصوص عليه فيعتبر الكمال كما قلنا في قبض الهبة لانا نقول ذلك فعل حسي وهذا وصف (قوله وهو الكفارة في الخطا) أي عتق رقبة مؤمنة الذي ذكرناه في شبه العمد هو الكفارة في الخطا (قوله وديته عند أبي حنيفة رحمه الله) أي دية شبه العمد (قوله كلها خلفات) الخلفة الحامل من النوق وجمعها من غير لفظها مخاض وقد يقال خلفات وقوله في بطونها أولادها صفة مقررة كما في قوله عليه السلام ما أبقته الفرائض فلاولى رجل ذكر

قال المصنف (وديته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول قال الكاكي الاقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المباسيط والجوامع والاسرار والايضاح فان المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكتب في بعض النسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف موافقا لعامة الروايات اهـ يشهد لها قوله ولهما حين شرع في تقرير دليلهما

(ولان دية شبه العمد أغلظ) يعني من دية الخطا المحض فان الابل فيه تجب أخماسا (وذلك) أي كونه أغلظ (فيما قلنا) لانا نقول أثلاثا وأنتم تقولون أرباعا (ولابي حنيفة وأبي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل) ووجه الاستدلال به أن الثابت منه عليه السلام ليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان عمر وزيدا وغيرهما قالوا مثل ما قالا وقال علي تجب أثلاثا ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة وأربع وثلاثون خلفة وقال ابن مسعود بمثل ما قلنا أرباعا والرأي لا مدخل له في التقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضا لما رواه واذا تعارضا كان الاخذ بالمتيقن أولى وقوله (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم أو ألف دينار وقال (٢٠٧) سفيان الثوري والحسن بن صالح تغلظ في النوعين الآخرين أي الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة أسنان الابل في دية الخطا والى قيمة أسنان الابل في شبه العمد فما زاد على أسنان دية الخطا يزاد على عشرة آلاف درهم ان كان الرجل من أهل الورق ويزاد على ألف دينار ان كان من أهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل بزيادة جناية وجدت منه ولم توجد في الخطا وهذا المعنى موجود في الحجرين فيجب التغليظ فيهما ولنا ماذكره في الكتاب أن التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه يأبى التغليظ لان عمد الاتلاف وخطأه في باب الغرم سواء ولا دلالة لئلا نبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان التوقيف فيه وقوله (لما بينا من قبل) يعني في أول كتاب الجنايات قال (والدية في الخطا مائة من الابل أخماسا) قيل منصوب باضمار كان ويجوز أن يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطا وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه أخذنا نحن والشافعي لان ابن مسعود روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى في قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال به ابن مسعود وعن علي أنه أوجب أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا سماعا

وعن عمر رضي الله عنه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ولان دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرناه وهو كالمرفوع فيعارض به قال (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال (وقتل الخطا تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بينا من قبل قال (والدية في الخطا مائة من الابل أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة) وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطا لان الخاطئ معذور

(قوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية من غير الابل لم تتغلظ لما قلنا) أقول لقائل أن يقول اذا لم يثبت التغليظ الا في الابل خاصة ينبغي أن لا يصح القضاء بالدية من غير الابل أصلا في جناية شبه العمد اذ قد ذكر في أول هذا الكتاب ومر أيضا في أوائل كتاب الجنايات أن موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل فحيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصلح غيرها أن يكون دية في شبه العمد لانتفاء ما هو المعتبر في ديته وهو التغليظ فكيف يتم قول المصنف فان قضى بالدية من غير الابل لم تتغلظ فان الظاهر منه أن يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزاد في الدراهم على عشرة آلاف درهم وفي الدنانير على ألف دينار كما فصلوا في الشروح فليتأمل في التوجيه (قوله وهذا قول ابن مسعود وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال) أقول فيه شيء وهو أن ابن مسعود ان روى قضاء

(قوله ولان دية شبه العمد أغلظ) أي من دية الخطا (قوله لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ) فان عمر وزيدا والمغيرة بن شعبة وأبا موسى الاشعري رضي الله عنهم قالوا كما ذكر محمد والشافعي رحمهما الله وقال علي رضي الله عنه تجب أثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة وقال ابن مسعود رضي الله عنه يجب أرباعا كما ذكرنا وذكر في شرح الاقطع مارواه محمد والشافعي رحمهما الله ثم قال هذا الخبر معارض لقول ابن مسعود رضي الله عنه ولا مدخل للرأي في تقديرات الشرع فلا بد من أن يكون مسموعا واذا تعارض الخبران كان الاخذ بالمتيقن أولى وفي المبسوط والمعنى فيه انه انما تجب الدية عوضا عن المقتول والحامل لا يجوز ان يستحق في شيء من المعاوضات لوجهين أحدهما ان صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها والثاني ان الجنين من وجه كالمنفصل فيكون هذا في معنى ايجاب الزيادة على المائة عددا وبالاتفاق صفة التغليظ ليست من العدد بل من حيث السن ثم الديات تعتبر بالصدقات والشرع نهى عن أخذ الحوامل في

(قوله وذلك أي كونه أغلظ فيما قلنا لانا نقول اثلاثا وأنتم تقولون أرباعا) أقول يعني والاول أكمل في الغلظة (قوله لانه يأبى التغليظ) أقول ولئلا يبطل المقدار الثابت بالنص بالقياس

لكن ماقلنا أخف وكان أولى بحال الخطا لان الخاطئ معذور (قوله غير أن عند الشافعى) استثناء من قوله و به أخذنا والشافعى يعنى أنه يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ماذكرنا أنه أليق بحال الخطا (وقوله ومن العين) يعنى الذهب (ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) يعنى وزن سبعة وقال الشافعى من الورق أى الفضة اثناعشر ألفا لما روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا أن عمر رضى الله عنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف درهم فتعارضا فيحتاج الى تأويل وذكر المصنف تأويل ماذكره الشافعى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك الى

غير أن عند الشافعى يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ماروينا قال (ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعى من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا ماروى عن عمر رضى الله عنه أن النبى عليه السلام قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ماروى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك

رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ماقاله الا أن عليا رضى الله عنه كان يقول الدية فى الخطا مائة من الابل أرباعا خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون ابنة لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض ذكره أبو يوسف رحمه الله فى كتاب الخراج وذكر فى غاية البيان وغيرها من الشروح والمقادير لا تعرف الاسماعا فكان كالمرفوع فصار مارواه ابن مسعود معارضا به فكيف يتم جعل المصنف مجرد رواية ابن مسعود رضى الله عنه دليلا على ما أخذنا نحن والشافعى به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود نعم كون مارواه أليق بحالة الخطا لكونه أخف يصلح أن يكون مرجحا لما رواه وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة فى أسنان الابل فى دية الخطا ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لانه أوفق لموضوع دية الخطا وهو التخفيف الا أن قول المصنف ولان ماقلناه أخف فكان أليق بحالة الخطا لان الخاطئ معذور يشعر بان هذا دليل مستقل وماقبله أيضا دليل مستقل وهذا ينافى ضم الثانى الى الاول ليحصل به الرجحان وبالجملة فى تحرير المصنف ههنا نوع ركاكة وكان صاحب العناية تنبه له حيث غير أسلوب تحرير المصنف فى شرح هذا المقام فقال بعد بيان مارواه ابن مسعود وماروى عن على رضى الله عنه لكن ماقلنا أخف فكان أولى بحال الخطا لان الخاطئ معذور انتهى تبصر (قوله غير أن عند الشافعى يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض) أقول هنا كلام وهو أن قوله هذا استثناء من قوله وأخذنا نحن والشافعى به كما صرح به فى العناية وغيرها والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعى بعد الاتفاق فى المأخذ لكن فيه اشكال اذ الظاهر أن ضمير به فى قوله وأخذنا نحن والشافعى به بعد قوله وهذا قول ابن مسعود راجع الى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق

الصدقات لانها من كرائم أموال الناس فكذلك فى الديات وهذا لان فى شبه العمد الدية تجب على العاقلة بطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات (قوله فيعارض به) أى مارواه الشافعى رحمه الله يعارض بقول ابن مسعود رضى الله عنه لانه كالمرفوع ومار وينا يبقى سالما (قوله ولان ماقلناه أخف) وهو اقامة ابن مخاض مكان ابن لبون (قوله والحجة عليه ماذكرناه) وهو رواية ابن مسعود رضى الله عنه ان النبى عليه السلام قضى فى قتيل قتل خطا أخماسا على نحو ماقال باقامة ابن مخاض مكان ابن لبون (قوله وتأويل ماروى انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة) فان قيل اثناعشر بوزن ستة يكون أكثر من عشرة آلاف أيضا فكيف يفيد هذا التأويل قلنا قال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الاشيا الا انه أضيف الوزن الى ستة لما كان قريبا منه كما يقال فلان يملك مائتى درهم اذا كان يملك قريبا من ذلك (قوله

عهد عمر رضى الله عنه فأبطل عمر ذلك الوزن وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال روى عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعنى الى عهد عمر وذلك تناقض والثانى أن وزن ستة تزيد عليه اثنى عشر ألفا فلا يكون التأويل كذلك صحيحا والجواب عن الاول أن المنقول كان فى ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة وعلى هذا يجوز أن يكون فى آخر عهده صلى الله عليه وسلم يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضا ولا تناقض حينئذ وعن الثانى أن شيخ الاسلام قال فى مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الاشيا الا أنه أضيف الوزن الى ستة تقريبا

(قوله والحجة عليه ماذكرنا أنه أليق بحال الخطا) أقول الاولى أن يجعل اشارة الى قول ابن مسعود والى المعقول قال الاتقانى أى الحجة على الشافعى قول ابن مسعود وقضاء رسول الله عليه الصلاة والسلام انتهى وفيه بحث (قوله وفيه بحث من وجهين الى قوله وعن الثانى أن شيخ الاسلام قال فى مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الاشيا الا أنه أضيف الوزن الى ستة تقريبا) أقول قال الزيلعى واذا حمل مارواه الشافعى على وزن خمسة ومار وينا على وزن ستة استويا انتهى ولعل هذا الحمل أوجه وقال الزيلعى كانت الدراهم على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام ثلاثة الواحد منها وزن عشرة والثانى وزن ستة والثالث وزن خمسة انتهى قوله وزن عشرة أى العشرة منه وزن عشرة دنانير وهو قدر الدينار وقوله وزن ستة أى العشرة منه وزن ستة دنانير وقوله وزن خمسة أى العشرة منه وزن خمسة دنانير

قال

وقوله (ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبى حنيفة وقالا منها) أى من هذه الانواع الثلاثة وهى الابل والذهب والفضة (ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) وقيل فى تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المصنف كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء هو المختار قال فى النهاية وقيل فى ديارنا قميص وسراويل قال وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولى القتيل على أكثر من مائتى بقرة أو غيرها على قول أبى حنيفة على ماهو المذكور فى كتاب الديات يجوز كما لو صالح على أكثر من مائتى فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على أكثر من مائة من الابل وقوله (لان عمر هكذا جعل على أهل كل مال منها) قال أبو يوسف حدثنا ابن أبى ليلى عن الشعبى عن عبيدة السلمانى قال وضع عمر بن الخطاب رضى الله عنه الديات على اهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشياه

قال (ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبى حنيفة وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لان عمر رضى الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها وله أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها فى غيرها وذكر فى المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتى حلة أو مائتى بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما

عليه بيننا وبين الشافعى هو قول ابن مسعود فبعد ذلك كيف يتم القول بان عند الشافعى يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والقضاء بابن لبون مكان ابن مخاض ينافى الاخذ بقول ابن مسعود لان ابن مخاض متعين فى قوله وانما الذى يصلح أن يكون مأخذ المذهب الشافعى وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ماروى مالك فى الموطا عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أنه كان يقول فى دية الخطا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقه وعشرون جذعة كما ذكر فى غاية البيان فليتامل فى التوجيه (قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة) قال جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولى القتيل على أكثر من مائتى بقرة أو غيرها على قول أبى حنيفة كما هو المذكور فى كتاب الديات يجوز كما لو صالح على أكثر من مائتى فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على أكثر من مائة من الابل انتهى أقول ليت شعرى ما بالهم صوروا ظهور فائدة هذا الاختلاف فى هذا المضيق وحصروا فيه بكلمة انما مع كون ظهور فائدته فى غير هذه الصورة أظهر وأجلى فان للقاتل الخيار فى أداء الدية من أى نوع شاء من أنواع الدية لا من غير أنواعها كما صرحوا به فعلى قولهما يتمكن القاتل من أدائها من نوع البقر أو نوع الغنم أو نوع الحلل كما يتمكن من أدائها من الانواع الثلاثة المتفق عليها وهى الابل والعين والورق وعلى قوله فى رواية كتاب الديات لا يتمكن من أدائها الا من هذه الانواع الثلاثة (قوله وذكر فى المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتى حلة أو مائتى بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما) قال جمهور الشراح أورد قوله وذكر فى المعاقل أى فى معاقل المبسوط شبهة على

كل حلة ثوبان) الحلة ازار ورداء هو المختار وقيل فى ديارنا قميص وسراويل كما فى النهاية (قوله وذكر فى المعاقل) أى فى كتاب المعاقل من المبسوط انه لو صالح على الزيادة على مائتى حلة الى قوله لا يجوز أورد هذا على طريق الشبهة على قول أبى حنيفة رحمه الله أى ماذكر فى كتاب المعاقل دليل على أن هذه الاصناف فى الدية أصول

ألفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة (ولابى حنيفة أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية) وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شئ مما وجب ضمانه بالاتلاف أو غيره فان قيل فالابل كذلك أجاب بقوله (والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة) كما رويناها (وعدمناها فى غيرها) فان قيل فليلحق بها دلالة قلنا حتى يثبت أنها فى معناها من كل وجه (وقوله وذكر فى المعاقل) أى فى معاقل المبسوط أورد هذا شبهة على ماروى عن أبى حنيفة من قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة ووجه ورودها أن محمدا ذكر فى المعاقل أنه لو صالح الولى من الدية على أكثر من ألفى شاة أو على أكثر من مائتى بقرة أو على أكثر من مائتى حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الاصول المقدرة فى الدية عنده أيضا وذكر الجواب بوجهين أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف ولا أرى صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا والثانى يرفعها بحمل رواية المعاقل على أنها قولهما وحمل بعض مشايخنا على أن فى المسئلة عنه روايتين

(قال المصنف وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة) أقول قوله مائتا بقرة خبر مبتدا محذوف أى وهى مائتا بقرة وكذا فى ألفا شاة ومائتا حلة (قوله انما يظهر فيما اذا صالح القاتل الخ) أقول فى الحصر كلام فان القاضى لا يحكم من غير الانواع الثلاثة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ولا يخير القاتل الا فيها بخلاف مذهبهما (قوله أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف) أقول ضمير يقرر راجع الى أحدهما (قوله لانه يناقض رواية كتاب الديات) أقول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل الخ) دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالمرفوع اذ لا مدخل للرأي فيه وقال الشافعي مادون الثلث لا يتنصف قال في النهاية الصواب أن يقال وقال الشافعي الثلث ومادونه لا يتنصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية أودون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فان زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل ولذلك قال بعد هذا في قول المصنف اعتبارا بها او بالثلث ومافوقه والصواب أن يقال اعتبارا بها او بما فوق الثلث وفيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد في الاصل بلغنا عن علي أنه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك نأخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت ثلث الدية ومافوقها يتنصف ومادونه لا يتنصف وبه أخذ الشافعي وهذا يصحح قول المصنف واحتجوا في ذلك بان النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث الدية وبما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاث أصابع قال عليه ثلاثون من الابل قلت فان قطع أربع أصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها قال أعراقي أنت فقلت لا بل جاهل مسترشد أو عاقل مستثبت فقال انه السنة وبه أخذ الشافعي وقال السنة اذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والحجة عليه مارويناه بعمومه وأن حالها أنقص من حال الرجل قال الله تعالى وللرجال عليهن درجة ومنفعتها أقل لا تتمكن من التزوج باكثر من زوج واحد وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بالنفس وبالثلث ومافوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للاصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد انه السنة يريد به سنة زيد فان كبار الصحابة أفتوا بخلافه

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي مادون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها او بالثلث ومافوقه

ما روي عن أبي حنيفة من أنه لا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة ووجه ورودها أن محمدا ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو من مائتي بقرة أو من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك دليل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الاصول المقدرة في الدية عنده أيضا وذكر الجواب بوجهين أحدهما بتصحيح الشبهة و برفع الخلاف وثانيهما برفع الشبهة بحمل رواية المعاقل على أنها قولهما ثم ان صاحب العناية رد الوجه الاول منهما حيث قال ولا أرى صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا انتهى أقول ليس هذا بشئ لان مدار الوجه الاول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه مناقضا لرواية كتاب الديات انما ينافي صحته لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند قائل ذلك الوجه يدل عليه قطعا عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين أحدهما انه صحح الشبهة فقال نعم تلك الرواية أعني رواية الخلاف غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الانواع أعني البقر والغنم والحلل في الدية من الاموال المقدرة انتهى وتصحيح احدى الروايتين ومنع الاخرى ليس بعزيز في كلمات الفقهاء وقد مر له نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء لدفع رد صاحب العناية الوجه الاول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما انتهى أقول هذا لا يصلح لدفع رده الوجه المزبور وانما يصلح لان يكون جوابا آخر عن أصل الشبهة لان مآله الى أن يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في احداهما قوله الاول وفي الاخرى قوله الآخر الذي رجع اليه وقد ذكره أيضا صاحب العناية بعد بيان ذينك الوجهين ورد أحدهما حيث قال وحمل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتين انتهى ومدار رده أحد ذينك الوجهين على أن يكون المراد به تقرير الشبهة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح وذلك لا يتصور الا بان ينحصر القول منه في هاتيك المسئلة فيما ذكر في المعاقل والا لا تتقرر الشبهة بل ترتفع بالحمل على القولين منه تفكر تفهم (قوله ولان حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل) وقد ظهر أثر النقصان

مقدرة عنده كما هي عندهما اذ لو كان بدلا لجاز كما لو صالح على بدل آخر فاجاب عن الشبهة بوجهين أحدهما انه صحح رواية كتاب المعاقل وقال لا خلاف بينهم وان هذه الاصناف من الاصول المقدرة أيضا والثاني انه لم يصحح الشبهة وقال الخلاف فيها ثابت كما هو المذكور في الكتاب وما ذكر في المعاقل محمول على قولهما والجواب عن قضاء عمر رضي الله عنه يحتمل أن عمر رضي الله عنه انما قضى بذلك بطريق الصلح بعد ما قضى بالدراهم أو الدنانير اذ الصلح من الدية على مال آخر جائز (قوله وقال الشافعي رحمه الله مادون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه) أي مادون ثلث دية الرجل وللشافعي رحمه الله في الثلث روايتان وكان زيد

(قوله والصواب) أقول مقول القول (قوله ومثل هذا الحكم يحيله عقل كل عاقل) أقول وهو أن يقل الارش اذا كان مصابها أكثر وألمها أشد

ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها قال (ودية المسلم والذمي سواء) دية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس ومادونها وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح وقد استدل الشافعي بقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة وبقوله تعالى أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون وبقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم يدل على أن دماء غيرهم لا تتكافأ ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة وبالانوثة تنقص الدية فبالكفر أولى وبان الرق أثر من آثار الكفر وبه تنقص الدية فبالكفر الموجب له أولى والجواب عن الآيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنهما لا يعارضان قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بانه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بان النقصان بالانوثة والرق من حيث النقصان في المالكية فان المرأة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذمي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية ولا يرتاب أحد أن نفس كل شخص أعز مما في يده من المال والذمي يساوي المسلم في ضمان ماله اذا أتلف ففي النفس أولى وان لم يكن لنا في المسئلة الا ماروى الزهري أن دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وماروي عن علي رضي الله عنه لشهرته انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا وماروي عن ابن مسعود دية الذمي مثل دية المسلم وماروى عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم ودى ذميا قتل بمائة من الابل لكان لنا من الظهور في المسئلة مالا يخفى على أحد

قال (ودية المسلم والذمي سواء) وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا وللشافعي ماروي أن النبي عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما ومارواه الشافعي رحمه الله لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث ومارويناه أشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها او بالثلث ومافوقه أقول لقائل أن يقول حاصل هذا التعليل القياس ولا مجال له في هذا الباب لان الدية من المقدرات الشرعية ولا يجري القياس في المقادير على ما نصوا عليه ثم ان صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها او بالثلث ومافوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للاصل وتبعه العيني أقول للمانع أن يمنع بطلان اللازم اذ لا محذور في مخالفة التبع الذي هو الاطراف للاصل الذي هو النفس في بعض الاحكام ألا يرى أن القصاص يجري بين الرجل والمرأة ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنايات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس ومادونها في حكم الدية أيضا

ابن ثابت رضي الله عنه يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية أودون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فان زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجال وبيانه فيما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب وكان يعتقد مذهب زيد ما تقول فيمن قطع أصبع امرأة قال عليه عشرة من الابل قلت فان قطع أصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثة أصابع قال عليه ثلاثون من الابل قلت فان قطع أربعة أصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل ارشها قال أعرابي أنت فقلت لا بل جاهل مسترشد او عاقل مستثبت فقال انه السنة وبه أخذ الشافعي رحمه الله وقال السنة اذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا أراد به سنة زيد رضي الله عنه (قوله فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم) وهو ماروى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام ودى العامريين اللذين كان لهما عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلهما عمرو بن أمية بمائة من الابل وعن الزهري ان أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم وعن ابن مسعود رضي الله عنه دية الذمي مثل دية المسلم وعن الزهري أيضا كانت دية الذمي مثل دية المسلم على عهد رسول الله عليه السلام وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وعن علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا وما يروى بخلاف هذا من الصحابة لا يعارض هذه المشاهير من الآثار

على ما مر آنفا (قوله ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام لما خالفوها) أقول الموقوف في مثله كالمرفوع على ما مر مرارا اذ لا مدخل للرأي فيه خصوصا في مثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل ولو لم يكن سنة لما قاله زيد رضي الله تعالى عنه فالجواب الجواب (قوله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن) أقول فيه أنه لا دلالة على العهد ويجوز أن يكون الحديث مبينا للمراد (قوله ففي النفس أولى) أقول ولا ينتقض بالمرأة لثبوتها بالاثر

(فصل فيما دون النفس) لما فرغ من ذكر النفس ذكر ماهو تبع لها وهو مادونها قال (وفى النفس الدية وقد ذكرناه) وأعاد ذكر النفس فى فصل مادون النفس تمهيد الذكر مابعده وقوله ذكرناه يعنى فى أوائل الجنايات ومعنى قوله فى النفس الدية تجب الدية بسبب اتلافها كما يقال فى النكاح حل ومنه قوله عليه السلام فى خمس من الابل السائمة شاة وقوله (وفى المارن الدية) يعنى فيما دون قصبة الانف وهو مالان منه كل مالاثانى له فى البدن عضوا كان أو معنى مقصودا يجب باتلافه كمال الدية ومن الاعضاء ماهو افراد كالانف واللسان والذكر ومنها ماهو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفتين واليدين وثديى المرأة والانثيين والرجلين ومنها ماهو أربع كاشفار العينين ومنها ماهو أعشار كاصابع اليدين والرجلين ومنها مازاد على ذلك كالاسنان (والاصل فى الاطراف أنه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا فى الآدمى على الكمال يجب كل الدية) وقيد المنفعة والجمال بالكمال لان غير الكامل لايجب فيه كل الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس أو آلة الخصى والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لايجب القصاص فى العمد ولا الدية فى الخطا لانه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل وأما اذا أتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية (لاتلافه كل النفس من وجه هو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمى أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها فى اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة) فان كان جنس المنفعة أو الكمال قائما بعضو واحد ففى اتلافه يجب كمال الدية وان كان قائما بعضوين ففى كل واحد منهما نصف الدية وان كان قائما باربعة أعضاء ففى كل واحد منها ربع الدية وان كان قائما بعشرة ففى كل واحد منها عشر الدية وان كان قائما باكثر ففى كل واحد منها نصف عشر الدية وكلامه واضح وقوله (قيل تقسم الدية على عدد الحروف) يعنى على جملة الحروف مما تعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق

(فصل فيما دون النفس) قال (وفى النفس الدية) وقد ذكرناه قال (وفى المارن الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية) والاصل فيه ماروى سعيد بن المسيب رضى الله عنه أن النبى عليه السلام قال فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى المارن الدية وهكذا هو فى الكتاب الذى كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم رضى الله عنه والاصل فى الاطراف أنه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا فى الآدمى على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمى أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها فى اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول فى الانف الدية لانه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن أو الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لايزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا فى قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر مالايقدر تجب وقيل ان قدر على أداء

(فصل) الدية (فيما دون النفس) لما ذكر حكم الدية فى النفس ذكر فى هذا الفصل حكمها فيما دون النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتبع ذكر حكمها أيضا تحقيقا للمناسبة (قوله أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها فى اللسان والانف) قال فى الكافى وغاية البيان فقسنا عليه غيره اذا كان فى معناه انتهى أقول فيه نظر لان الدية من المقدرات الشرعية والقياس لايجرى فيها على ماعرف فالصواب عندى هنا أن يقال فالحقنا به غيره دلالة (قوله ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر مالايقدر تجب) قال جمهور الشراح والحروف التى تتعلق

(فصل فيما دون النفس) (قوله فى النفس الدية) انما ذكر هذا تبركا بالابتداء بالحديث وهذا لفظ الحديث (قوله وقد ذكرنا) أى فى أوائل الجنايات وسعيد بن المسيب من التابعين وماروى عن رسول الله عليه السلام فهو مرسل وهو حجة بالاجماع والمارن مالان من الانف والقصبة ماصلب منه فالحاصل ان مالا ثانى له فى البدن من أعضاء أو معان مقصودة فباتلافها يجب كمال الدية والاعضاء على أربعة أنواع فمنها ماهو افراد ومنها ماهو أزواج ومنها ماهو أرباع ومنها ماهو اعشار فالاعضاء التى هى افراد ثلاثة الانف واللسان والذكر فاتلافها كاتلاف النفس فى انه يجب باتلافها كمال الدية لان فى قطع الانف تفويت جمال كامل ثم كما تجب الدية بقطع جميع الانف تجب بقطع المارن لان تفويت الجمال به يحصل وكذلك فى اللسان والذكر الدية على ماذكر فى الكتاب والمعانى التى هى افراد فى البدن العقل والنفس والشم والذوق ففى كل واحد منها دية كاملة وأما الاعضاء التى هى أزواج فى البدن العينان والاذنان الشاخصتان والحاجبان والشفتان واليدان وثديا المرأة والانثيان والرجلان ففى قطعهما كمال الدية وفى أحدهما نصف الدية وأما الاعضاء التى هى أرباع فى البدن فهى اشفار العينين يجب فى كل شفر ربع الدية على مايجىء بيانه وأما التى هى اعشار فى البدن فالاصابع أى أصابع الرجلين وأصابع اليدين ففى قطع أصابع اليدين يجب كمال الدية وفى كل أصبع عشر

*(فصل) فيما دون النفس (قال المصنف وفى النفس الدية) أقول أى تجب الدية بسبب اتلافها ففى للسببية (قوله كما اذا قطع لسان الاخرس الى قوله والعين العوراء والسن السوداء) أقول من قبيل لفها تبناوماء باردا اذ الواقع فى العين والسن القلع والكسر

باللسان قال فى النهاية هى الالف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاى والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون وفى كون الالف من ذلك نظر لانه من أقصى الحلق على ماعرف فالم يمكنه اتيان حرف منها يلزمه مايخصه من الدية روى أن رجلا قطع طرف لسان رجل فى زمان على رضى الله عنه فامره أن يقرأ أ ب ت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك ومالم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القيل الاول وبه صححه شيخ الاسلام وبان اقامة بعض الحروف وهو مالا يفتقر الى اللسان ان تهيات بدون اللسان لكن الافهام الذى هو المقصود لايتهيأ فيجب الامتحان بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل اذا صدقه الجانى أو استحلفه على البتات ونكل ثبت فواتها وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة الى ذلك فان لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانكار فطريق معرفة السمع أن يتغافل وينادى فان أجاب علم أنه يسمع وحكى الناطفى عن أبى خازم القاضى أن امرأة تطارشت فى مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطى عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم أن الضوء باق وان لم تدمع علم أن الضوء ذاهب وذكر الطحاوى أنه يلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم بان يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فان نفر عنها علم أنه لم يذهب شمه

أكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن أداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر أنه لاتحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطء والايلاد واستمساك البول والرمى به ودفق الماء والايلاج الذى هو طريق الاعلاق عادة وكذا فى الحشفة الدية كاملة لان الحشفة أصل فى منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال (وفى العقل اذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه فى معاشه ومعاده (وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه)

باللسان هى الالف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاى والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية وفى كون الالف من ذلك نظر لانه من أقصى الحلق على ماعرف انتهى أقول نظره ساقط اذ الظاهر أن مراد جمهور الشراح بالالف والتاء والثاء وغيرها مما ذكر واهو الالفاظ التى يتهجى بها الحروف المبسوطة التى يتركب منها الكلام والذى من أقصى الحلق انما هو الحرف الذى يقع جزء الكلم كما فى أول أخذ وأوسط سأل وآخر قرأ لا الحرف الذى يتهجى به وهو لفظ ألف اذ هو مركب من ثلاثة أجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الاوسط الذى هو اللام فنشأ نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم كيف ولو كان مرادهم ماتوهمه لذكروا الهمزة بدل الالف كما لايخفى فان قلت الالفاظ التى يتهجى بها أسماء مسمياتها الحروف المبسوطة التى ركبت منها الكلم كما

الدية وأما الاعضاء التى هى تزيد على ذلك فى البدن فهى الاسنان يجب فى كل سن نصف عشر الدية وذكر الامام التمرتاشى وفى آلة الخصى والعنين ولسان الاخرس واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين القائمة العوراء والسن السوداء لايجب القصاص فى عمده ولا الدية فى خطائه ويجب فيه حكومة عدل (قوله وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان) الحروف التى تتعلق باللسان هى الالف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاى والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون فالم يمكنه اتيان حرف منها يلزم بحصته من الدية فاما الهوائية والحلقية والشفوية فلاتدخل فى القسمة فالشفوية الميم والباء والحلقية العين والغين والقاف والاصل فى هذا ماروى أن رجلا قطع طرف لسان رجل فى زمن على رضى الله عنه فامره ان يقرأ ا ب ت ث فكل ماقرأ حرفا أسقط من ديته بقدر ذلك ومالم يقرأ أوجب من الدية بحساب ذلك (قوله هو طريق الاعلاق عادة) وانما قيده بالعادة لانه يتصور الاعلاق بالسحق الا أنه فى العادة انما يتحقق بالايلاج (قوله فى معاشه) أى فى دنياه ومعاده أى آخرته (قوله وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه) أى تجب الدية بمقابلة فوات كل واحدة من هذه المنافع فان قيل بماذا يعرف فوات هذه المعانى فان قول المجنى عليه لايقبل قلنا اذا صدقه الجانى أو استحلف فنكل يثبت فواتها ثم فوات البصر يعرفه الاطباء فنظر اليه رجلان عدلان من الاطباء ويكون قولهما فى ذلك حجة كذا فى المبسوط وذكر فى الذخيرة فقال وطريق معرفة ذهاب السمع ان يتغافل فينادى فان أجاب لذلك علم أن سمعه لم يذهب وحكى عن اسمعيل بن حماد ان امرأة تطارشت أى أرت بها طرشا وهو نوع صمم فى مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليهما ثم قال لها فجأة غطى عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وقال أبو يوسف رحمه الله فى المنتقى لايعرف ذهاب السمع فالقول فيه قول الجانى وأما طريق معرفة ذهاب البصر فقال محمد بن مقاتل الرازى طريقه ان يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم يدمع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوى انه يلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم انه لم يذهب بصره وقال محمد رحمه الله فى الاصل ينظر اليه أهل ذلك وان لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والانكار والقول قول الجانى مع يمينه على البتات أما اليمين فلان المجنى

(قوله أو استحلف على البتات) أقول أى لا على العلم لانه فعل نفسه

وقوله (لان كل واحد منها منفعة مقصودة) يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الا دية واحدة لان الاطراف تتبع النفس أما الطرف فلا يتبع طرفا آخر وبهذا يندفع ما قيل لو مات من الشجة لم تلزمه الا دية واحدة

لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى أن عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال (وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية) لانه يفوت به منفعة الجمال قال (وفي شعر الرأس الدية) لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال (وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح) لانه تابع للحية فصار كبعض أطرافها (ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه) لان وجوده يشينه ولا يزينه (وان كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل) لان فيه بعض الجمال (وان كان متصلا ففيه كمال الدية) لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل لانه في غير أوانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطأ على

حققه صاحب الكشاف في أول سورة البقرة وجمهور الشراح انما عدوا الالف ونظائره من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح أن يكون مرادهم بذلك ما يتهجى به من الالفاظ قلت قد وقع في عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفاظ مسامحة استعمالا للحرف في معنى الكلمة كما نص عليه أيضا صاحب الكشاف هناك وكلام هؤلاء الشراح ههنا بل كلام المصنف أيضا جار على ذلك الاصطلاح الشائع فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجي فان قلت لم يريدوا بالحروف ههنا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلام ولم يخرجوا الالف من عداد الحروف التي تتعلق باللسان قلت لعل سر ذلك أن الفائت من الحروف انما يعرف بالامتحان والامتحان انما يكون في العادة بحروف التهجي كما وقع بها في قصة علي رضي الله عنه وهي ما روى أن رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فامره أن يقرأ ا ب ت ث فكلما اقرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهو الاصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها فجرواههنا في العبارة والارادة على وفق ذلك تامل تقف (قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي سياق كلامه فانه قسم لحية

عليه يدعي موجب الجناية والجاني ينكر وأما على البتات فلان هذا اليمين على فعل نفسه وهو اذهاب بصر غيره وطريق معرفة ذهاب الشم ان يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فان تنفر عن ذلك عرف انه لم يذهب شمه (قوله لان كل واحد منها منفعة مقصودة) يعني ليس فيها استتباع كل منها للاخرى بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الا دية واحدة لان الاطراف تبع للنفس أما الطرف فليس بتبع للطرف الآخر فتعتبر كل واحدة منها بنفسها (قوله وفي شعر الرأس الدية لما قلنا) اراد به قوله لانه تفوت به منفعة الجمال وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله قالوا لو حلق رأس انسان ولم ينبت تجب الدية الرجل والمرأة والصغير والكبير فيه سواء ولا يطالب بالدية حال الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات وكذا حلق اللحية فان مات المحلوق رأسه أو لحيته قبل مضي السنة ولم ينبت لا شيء فيه وقالا حكومة عدل (قوله ويستوي العمد والخطأ) يعني كما تجب الدية في حلق

فبفوات هذه المنافع بدون الموت أولى فان في الموت استتباعا دون عدمه وعلى ذلك ما روى عن عمر كما ذكر في الكتاب وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه يفوت به منفعة الجمال قالوا لو حلق رأس انسان أو لحيته لا يطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الحالق وقالا فيه حكومة وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله (كما في الاذنين الشاخصتين) أي المرتفعتين وصفهما لدفع ارادة السمع وقوله (أنه يجب فيها كمال القيمة) هي رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتبارا بالدية في الحر لفوات الجمال (والتخريج على الظاهر) وهو أنه يجب نقصان القيمة وقوله (هو الاصح) احتراز عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية لانه عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله (ويستوي الخطأ والعمد) يعني كما تجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ فكذا اذا حلقهما عمدا قيل وصورة حلقهما خطأ أن يظنه مباح الدم فحلق الولي لحيته ثم ظهر أنه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجود اذا كان عمدا فالمانع عنه مع الامكان وأجيب بأن القصاص عقوبة والعقوبة لا تثبت الا بالنص أو دلالته ولا نص في الشعور وليست في معنى المنصوص وهو الجروح لانه لا يحتاج في تفويتها الى الجراحة هذا

(قوله يعني ليس فيها استتباع كل واحد منهما الآخر بخلاف قتل النفس) أقول الاولى اسقاط لفظ كل

هذا الجمهور (وفي الحاجبين الدية وفي احداهما نصف الدية) وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال (وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية) كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال (وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تفويت احداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال (وفي ثديي المرأة الدية) لما فيه من تفويت جنس المنفعة (وفي احداهما نصف دية المرأة) لما بينا بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة) لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن (وفي احداهما نصفها) لما بيناه قال (وفي أشفار العينين الدية وفي احداها ربع الدية) قال رضي الله عنه يحتمل أن مراده الاهداب مجازا كما ذكره محمد في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة) لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه السلام في كل أصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها قال (والاصابع كلها سواء) لاطلاق الحديث ولانها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشارا قال (وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الاصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال (وفي كل سن خمس من الابل) لقوله عليه السلام في حديث أبي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل

الكوسج على ثلاثة أقسام وجعل منها ما كان متصلا فقوله لانه ليس بكوسج في تعليل قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية ينافي ذلك والجواب أن مراده بقوله لانه ليس بكوسج أنه ليس بكوسج حقيقة وان كان في صورة الكوسج والذي قسم لحيته على ثلاثة أقسام في سياق كلامه أعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا منافاة

الرأس واللحية خطأ فكذا اذا حلقهما عمدا تجب الدية لا القصاص لان القصاص لا يجب في شيء من الشعور لانه عقوبة فلا يثبت قياسا وانما يثبت نصا أو دلالة والنص انما ورد في الجراحات قال الله تعالى والجروح قصاص وهذا ليس في معناها لانه لا يحتاج في حلقها الى ايلام ولا يتوهم فيها السراية كما في الجراحات ثم قيل صورة حلقهما خطأ هي ان يظنه مباح الدم فحلق الوالي لحيته ثم ظهر أنه غير مباح الدم (قوله يحتمل أن يكون مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رحمه الله في الاصل) ذكر في مبسوط شيخ الاسلام وجعل محمد رحمه الله الاشفار اسما للشعور التي نبتت على حروف العين وأطرافها وقد خطاه أهل اللغة في هذا وقالوا الاشفار منابت الشعر وهي حروف العينين وأطرافهما والشعور التي عليها تسمى الهدب قالوا وكانه أخذ من شفر الوادي وهو جانبه وحده فسميت منابت الشعور أشفار الانها حدود الاجفان ولكن مشايخنا قالوا بان الامر كما قالوا ان الاشفار اسم لمنابت الشعور واسم الشعور الهدب الا انه كنى بالاشفار عن الهدب لاتصال ومجاورة بينهما كما سموا القربة راوية وهي البعير الذي يستقى عليه الماء لاتصال بين القربة والبعير وكما قيل للمطر سماء ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا تجب في الكل الدية وتجب في كل شفر ربع الدية ويستوي

والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما تتوهم في الجراحات وليس فيه اماتة ذي الروح فلا يجوز الحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا. قال (وفي العينين الدية) الاصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها والاشفار جمع شفر بالضم قال المصنف يحتمل أن مراده الاهداب مجازا ولعله قال ذلك دفعا لتخطئة من خطأ محمدا في اطلاق الاشفار على الاهداب قالوا الاشفار منابت الشعر وهي حروف العينين وأطرافهما والشعر التي عليها تسمى الهدب فقال المصنف يحتمل أن مراده الاهداب فيكون مجازا للمجاورة من ذكر المحل وارادة الحال ويحتمل أن مراده الحقيقة فان في تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال على ما ذكر في الكتاب وقوله (وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع) يعني أن

(قوله وليس فيه اماتة ذي الروح) أقول أي ليس في الشعر روح

عشر الدية الواجب بازاء كل أصبع انما هو بمقابلة مفاصلها فما فيه ثلاث مفاصل كان لكل منها ثلثه ومافيه مفصلان كان لكل منهما نصفه وقوله

(والاسنان والاضراس كلها سواء) قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والاسنان كلها سواء أو يقال والانياب والاضراس

والاسنان والاضراس كلها سواء لاطلاق مار وينا ولما روى في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال (ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها) لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب

(قوله والاسنان والاضراس كلها سواء) قال في العناية قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والاسنان كلها سواء أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل ومثلها رباعيات وهي مايلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان تسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان و بعضها سواء انتهى أقول في هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل في أوله والصواب أن يقال وفيه اشارة الى أن مافي الكتاب خطأ وقيل في آخره فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة مافي الكتاب مع أن تصحيحه على طرف الثمام فان عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت مزيته في علم البلاغة وله أمثلة كثيرة في التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فجاز أن يكون مانحن فيه من قبيل ذلك و يعود حاصل معناه الى ان يقال الاضراس وماعداه من الاسنان سواء فانه اذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ماعدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء معارض بمثل ماأورد على مافي الكتاب فان الاضراس تعم الانياب كما أفصح عنه في المغرب حيث قال الاضراس ماسوى الثنايا من الاسنان وكذا ذكر في النهاية وغيرها فيعود معنى قوله والانياب والاضراس سواء الى أن يقال و بعض الاضراس والاضراس كلها سواء لمثل ماذكر في الايراد على مافي الكتاب فلا معنى لان يكون ذلك صوابا دون مافي الكتاب نعم الاظهر في افادة المراد ههنا أن يقال والاسنان كلها سواء على ماجاء به لفظ الحديث أو أن يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط

ان ينتف الاهداب وأفسد المنبت أو قطع الجفون كلها بالاهداب (قوله الاسنان والاضراس سواء) لو اقتصر على الاسنان لكفى لانه اسم جنس وفي المبسوط يستوي في ذلك الانياب والنواجذ والطواحن والضواحك ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيها من زيادة المنفعة ولسنا نأخذ بذلك لان النبي عليه السلام قال في كل سن خمس من الابل من غير تفصيل ثم ان كان في بعضها زيادة منفعة ففي بعضها زيادة جمال والجمال في الآدمي كالمنفعة حتى قيل اذا قلع جميع اسنانه فعليه ستة عشر ألفا من الدراهم لان الاسنان اثنان وثلاثون فاذا وجب في كل سن نصف عشر الدية وهي خمسمائة بلغت الجملة ستة عشر ألفا وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الاسنان واذا قلع جميع اسنان الكوسج فعليه أربعة عشر ألفا لان اسنانه تكون ثمانية وعشرين لما حكى ان امرأة قالت لزوجها يا كوسج فقال ان كنت كوسجا فانت طالق فسئل أبو حنيفة رحمه الله عن ذلك فقال يعد اسنانه فان كانت اثنين وثلاثين فليس بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج (قوله لان المتعلق تفويت جنس المنفعة) أي الموضع الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة والله أعلم بالصواب

كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل ومثلها رباعيات وهي مايلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان يسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان و بعضها سواء فاذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت أسنانه كلها كانت عليه دية وثلاثة أخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر ألف درهم وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الاسنان ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص وقوله (لان المتعلق) يعني الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة (فان قيل لانسلم) أن فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية بل الجمال أيضا مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين واللحية وليس أحدهما أولى باستتباعه الآخر فيكون الحصر في غير موقعه أجيب بان الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة وأما اذا كان فالجمال تابع

الدية

(قوله كما تقدم في حلق الحاجبين) أقول ولك أن تقول في الحاجب منفعة فانه يرد العرق عن العين و يفرقه ذكره الكاكي لكنه كلام على السند

ألا ترى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية لان المقصود باليد لما كان المنفعة لم تتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال فاذا اجتمعا جعل الجمال تابعا أيضا لانه اذا كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع لوجود المستتبع أولى وقوله (لتفويت جنس المنفعة) يعني منفعة النسل وقوله (لانه فوت جمالا على الكمال) هو استقامة القامة قيل وفي تفسير قوله تعالى لقد خلقنا

الدية لتفويت جنس المنفعة (وكذا لو أحدبه) لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة (فلو زالت الحدوبة لاشئ عليه) لزوالها لا عن أثر

(فصل في الشجاج) قال (الشجاج عشرة الحارصة) وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهي التي تسيل الدم (والباضعة) وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه (والمتلاحمة) وهي التي تأخذ في اللحم (والسمحاق) وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهي التي توضح العظم أي تبينه (والهاشمة) وهي التي تهشم العظم أي تكسره (والمنقلة) وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله (والآمة) وهي التي تصل الى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال (ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا) لما روي أنه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن أن ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص

(فصل في الشجاج) لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثرت مسائله اسما وحكما ذكره في فصل على حدة كذا في الشروح قلت لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل في قوله فصل فيما دون النفس ثم ذكر الشجاج التي هي نوع من أنواع مادون النفس في فصل وذكر سائر أنواعه التي ستجيء في الفصل الآتي في فصل آخر أيضا لكان أحسن وأوفق لما هو المعتاد في نظائره كما لا يخفى (قوله والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين والدامية وهي التي تسيل الدم) أقول تفسير الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذي ذكره المصنف وان وقع في كثير من الكتب المعتبرة من الفقه كالبدائع والكافي وعامة الشروح واقتضاه ترتيب القدوري في مختصره حيث قدم الدامعة على الدامية وصرح به في شرحه لمختصر الكرخي الا أنه منظور فيه عندي لانه مخالف لما ذكر في عامة كتب اللغة الموثوق بها فانه قال في المغرب الدامعة من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين وقبلها الدامية وهي التي تدمى من غير أن يسيل منها دم انتهى وقال في الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامية قال أبو عبيد الدامية هي التي تدمى من غير أن يسيل منها دم فاذا سال منها دم فهي الدامعة بالعين غير معجمة انتهى وقال في القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدامية اهـ الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة وسيجيء من المصنف التصريح بان الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية في الصحيح فلا مجال للحمل على الاصطلاح المحض ثم أقول الصحيح المطابق للغة في تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ماذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الطحاوي حيث قال فيه اعلم أن أول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي تشق الجلد مأخوذ من قولهم حرص القصار الثوب اذا شقه في الدق ولا تدميه ثم الدامية وهي التي تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم هكذا ذكره الطحاوي وذكر شيخ الاسلام هي التي تقشر الجلد وتدميه سواء كان سائلا أو غير سائل ثم الدامعة وهي التي تدمي وتسيل الدم هكذا ذكر الطحاوي في كتابه وذكر شيخ الاسلام هي التي تسيل الدم أكثر مما يكون في الدامية من السيلان مأخوذ من دم العين فكأنها سميت بهذا الاسم لان الالم يصل الى صاحبه فتدمع عيناه بسبب مايجب من الالم الى هنا لفظ المحيط فتبصر (قوله والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه) أقول

(فصل في الشجاج) (قوله والمتلاحمة) في المغرب هي الشجة التي تشق اللحم دون العظم ثم يتلاحم بعد شقها أي يتلاءم ويتلاصق قال الازهري الاوجه أن يقال اللاحمة أي القاطعة للحم وانما سميت بذلك على مايؤل اليه أو على التفاؤل وفي المبسوط وروي عن محمد رحمه الله ان المتلاحمة قبل الباضعة وهو اختلاف في

الانسان في أحسن تقويم أي منتصب القامة وهي تزول بالحدوبة

(فصل في الشجاج) لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثر مسائل ذكره في فصل على حدة قال (الشجاج عشرة) ووجه ذلك أن قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما أن يظهر الدم أولا الثاني هو الحارصة والاول اما أن يسيل الدم بعد الاظهار أولا والثاني هو الدامعة والاول اما أن يقطع بعض اللحم أولا والثاني هو الدامية والاول اما أن يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه و بين العظم

(قوله ألا ترى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية) أقول ولك أن تقول انما لا تجب الدية في اليد الشلاء لان الزينة فيها ليست بكاملة ألا ترى أن الانسان يتجمل بها عند من لا يعرف حالها وأما عند من يعرف حالها فلا جمال فيها واذا لم تكمل الزينة لم يكمل الارش بل وجب الحكومة (قوله فاذا اجتمعا جعل الجمال تابعا أيضا) أقول لو كان تابعا لم يجب شئ بتفويته والله تعالى أعلم *(فصل في الشجاج)*

(قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد) أقول فيه أن الحدش لا يطلق عليه القطع في المتعارف والموجود في الثلاث الاول ذلك (قوله والاول اما أن يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه و بين العظم) أقول ضمير بينه راجع الى الجلد في قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد (قوله والثاني

أولا والثانى هو الباضعة والاول اما أن أظهر الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم أولا والثانى هو المتلاحمة والاول اما أن يقتصر على الاظهار أو يتعدى والاول هو السمحاق والثانى اما أن يقتصر على اظهار العظم أولا والاول هو الموضحة والثانى اما أن يقتصر على

قال (ولا قصاص فى بقية الشجاج) لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهى السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظام ولا قصاص فيه وهذا رواية عن أبى حنيفة وقال محمد فى الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال (وفيما دون الموضحة حكومة عدل) لانه ليس فيها أرش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعى وعمر بن عبد العزيز قال (وفى الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفى الهاشمة عشر الدية وفى المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفى الآمة ثلث الدية وفى الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان

فى تفسير الباضعة بما ذكره المصنف فتور وان تابعه صاحب الكافى وكثير من المتأخرين فيه لان قطع الجلد متحقق فى الصورة الاولى أيضا سيما فى الدامعة والدامية اذ الظاهر أن شيأ من اظهار الدم واسالته لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد فى كل من الانواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملا للكل مختص بالباضعة فالظاهر فى تفسير الباضعة ما ذكر فى المحيط والبدائع حيث قال فى المحيط ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم أى تقطعه وقال فى البدائع والباضعة هى التى تبضع اللحم أى تقطعه انتهى ويعضد ذلك ما وقع فى معتبرات كتب اللغة فانه قال فى المغرب وفى الشجاج الباضعة وهى التى جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى وقال فى الصحاح والباضعة الشجة التى تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى الا أنه لا يسيل الدم انتهى وقال فى القاموس والباضعة الشجة التى تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمى الا أنها تسيل انتهى لا يقال فعلى هذا تشتبه الباضعة بالمتلاحمة فانه قال فى الكتاب والمتلاحمة وهى التى تأخذ فى اللحم وهذا فى المآل عين ما نقلته عن المحيط والبدائع فى تفسير الباضعة لانا نقول من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر فى الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيدا وعن هذا قال فى المحيط ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم أى تقطعه قال شيخ الاسلام ولا تنزع شيأ من اللحم ثم المتلاحمة وهى التى تقطع اللحم وتنزع شيأ من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال فى البدائع والباضعة هى التى تبضع اللحم أى تقطعه والمتلاحمة هى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى وقال فى المغرب والمتلاحمة من الشجاج هى التى تشق اللحم دون العظام ثم تتلاحم بعد شقها أى تتلاءم وتتلاصق اه وقال فى الصحاح والمتلاحمة الشجة التى أخذت فى اللحم ولم تبلغ السمحاق انتهى وقال فى القاموس وشجة متلاحمة أخذت فيه ولم تبلغ السمحاق انتهى (قوله وفى الجائفة ثلث الدية) قال فى الايضاح الجائفة ما تصل الى الجوف

ماخذ الكلمة لا فى الحكم فمحمد رحمه الله ذهب الى أن المتلاحمة ماخوذة من قولك التحم السنانان اذا اتصل أحدهما بالآخر فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه وفى ظاهر الرواية المتلاحمة ما تعمل فى قطع أكثر اللحم فهى بعد الباضعة والآمة بالمد من أمه أى شجه آمة وهى التى تبلغ أم الدماغ حتى يبقى بينها وبين الدماغ جلد رقيق وأم الدماغ الجلد التى تجمع الدماغ كذا فى الصحاح (قوله ولان فيما فوق الموضحة) أى فيما هو أكثر شجة من الموضحة وهو ما ذكره بعد الموضحة وهو ثلاثة الهاشمة والمنقلة والامة (قوله وقال محمد رحمه الله فى الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة) أى قبل الموضحة ذكرا ودون الموضحة أثرا وشجا وهو ستة من الحارصة الى السمحاق (قوله وفيما دون الموضحة حكومة عدل) أى دون الموضحة من حيث الاثر والشج ولكن قبل الموضحة من حيث الذكر وهو الحارصة الى السمحاق فلذلك ذكره مرة بما قبل الموضحة ومرة بما دون الموضحة

كسر العظم أولا والاول هو الهاشمة والثانى اما أن يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله الى الجلدة التى بين العظم والدماغ أولا والاول هو المنقلة والثانى هو الآمة وهى العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهى الدامغة بالغين المعجمة وهى التى تخرج الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لا شجة على ما يجىء فى الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار أن الشجاج لا تزيد على ما ذكر فى الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحدة منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح قوله (ولان فيما فوق الموضحة) يريد ما هو أكبر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة والامة وقوله (وفيما قبل الموضحة) يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة الى السمحاق والمسبار ما يسبر به الجرح أى يقدر قدر غوره بحديدة أو غيرها والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهى الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها انما هو على رواية غير الاصل وأما على روايته فقد قال يجب القصاص فيما فوق الموضحة وقوله (وفى الجائفة ثلث ... فهما

وهو الباضعة) أقول الباضعة على ما ذكره المصنف وغيره هى التى تقطع الجلد (قوله والاول اما أن يقتصر على الاظهار) أقول أى اظهار الجلدة الرقيقة

فهما ثلثا الدية) لما روى فى كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه أن النبى عليه السلام قال وفى الموضحة خمس من الابل وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمسة عشر وفى الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام فى الجائفة ثلث الدية وعن أبى بكر رضى الله عنه أنه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثى الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفى كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب فى النافذة ثلثا الدية وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هى التى يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدأ مروى عن أبى يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهى التى تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا فى الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان فى غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة فى الصحيح حتى لو تحققت فى غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذى يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها فى الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك

من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذى اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال فى النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة ههنا فى مسائل الشجاج وقع اتفاقا وكذا قال فى العناية نقلا عن النهاية أقول نعم على ما ذكر فى الايضاح يكون الامر كذلك الا أن المصنف تداركه حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن يعنى أنها لما تناولت ما فى جوف الرأس أيضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت فى الرأس فتدخل فى مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها فى فصل الشجاج مما وقع اتفاقا (قوله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة) قال فى النهاية ومعراج الدراية وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى أقول ليس لهذا الكلام وجه اذ لا شك أن كلا من الجبهة والوجنتين والذقن داخل فى الوجه لانهم صرحوا فى أول كتاب الطهارة بان حد الوجه من قصاص الشعر الى أسفل الذقن والى شحمتى الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح فيما سيأتى فى هذا الفصل حتى صاحبا النهاية ومعراج الدراية أنفسهما أيضا بان الذقن من الوجه بلا اختلاف والعظم الذى تحت الذقن وهو اللحيان من الوجه أيضا عندنا خلافا لمالك فقول المصنف ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس يشمل الكل فبعد ذلك ما معنى أن يقال وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا وكل من العطف وأداة التشبيه يقتضى المغايرة لا محالة. (قوله ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذى يلحقه ببقاء أثر الجراحة) قال بعض الفضلاء دليل على عدم جواز الحاق الجراحة بها دلالة ففى قوله ولانه تسامح انتهى أقول ان أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع وان أراد أنه دليل أصالة على عدم وجوب أرش مقدر فى الجراحة التى فى غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضا على عدم جواز الحاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم ولكن قوله ففى قوله ولانه تسامح ممنوع لان قوله لان التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب أرش مقدر فى الجراحة الكائنة فى غير الوجه والرأس ولما كان قوله ولانه انما ورد الحكم فيها الخ

(قوله وهذا اختلاف عبارة) أى اختلاف فى ماخذ الكلمة لا يعود الى معنى وحكم أى لا يعود الى معنى مؤثر يبتنى عليه الاختلاف فى الحكم (قوله والحكم مرتب على الحقيقة) أى فيما اذا كانت الشجة فى الوجه والرأس (قوله وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه) وفى الذخيرة والذقن من الوجه بلا اختلاف والعظم الذى تحت الذقن وهو اللحيان فمن الوجه عندنا حتى لو وجدت هذه الشجاج الثلاث فى اللحيين كان لها الارش مقدر عندنا خلافا لمالك رحمه الله وفى مبسوط شيخ الاسلام ويجب ان يفرض غسل اللحيين فى الطهارة لانها

الدية) قال فى الايضاح الجائفة ما تصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذى اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة قال فى النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا فى مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن وقوله (وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى) يعنى يرجع الى ماخذ الاشتقاق فمحمد ذهب الى أن المتلاحمة مشتقة من التحم الشيآن اذا اتصل أحدهما بالآخر فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه وقوله (وأما اللحيان)

(قال المصنف وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة الخ) أقول وعلى ما ذكره محمد تبقى التى تأخذ من اللحم غير مذكورة الا أن تعم الباضعة لها كما ذكره الامام الزيلعى وغيره من الشراح (قال المصنف ولانه انما ورد الحكم فيها الخ) أقول دليل على عدم جواز الحاق الجراحة بها دلالة ففى قوله ولانه تسامح (قال المصنف وهو العضوان هذان لا سواهما) أقول اليد أيضا كذلك ثم الرأس يستتر غالبا بالعمامة نعم

حتى لو وجد فيهما مافيه أرش مقدر لايجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ماقاله الطحاوى أن يقوم مملوكا بدون هذا الاثر و يقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت مابين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخى ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان مالا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

دليلا على ذلك أيضا أصالة كان حق الاداء أن يقال ولانه بلا تسامح أصلا ولعل ذلك البعض انما غره تقرير صاحب الكافى ههنا حيث قال لان الاثر بالتقدير جاء فى الشجاج فى الرأس والوجه وغيرهما ليس فى معناهما حتى يلحق بهما لانه انما ورد الحكم فيهما للمعنى الشين الذى يلحقهما ببقاء أثر الجراحة والشين انما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى ولكن لتقرير المصنف شان آخر كما ترى (قوله الا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا) قال فى النهاية وفى مبسوط شيخ الاسلام ويجب أن يفترض غسل اللحيين فى الطهارة لانهما من الوجه على الحقيقة الا أنا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر فى الكفاية ومعراج الدراية أيضا وأما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضا فى الطهارة وأجيب بانا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى واقتفى أثره الشارح العينى أقول فى الجواب اشكال عندى لان اللحيين اذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون ترك وجوب غسلهما بالاجماع نسخا للكتاب بالاجماع وقد تقرر فى أصول الفقه أن الاجماع لاينسخ الكتاب ولا السنة (قوله وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن) أقول فيه كلام وهو أن الجائفة ان تناولت مافى جوف الرأس أيضا فالتى فى جوف الرأس منها ان كانت من أحد الانواع العشرة للشجاج فما معنى ذكرها و بيان حكمها بعد ذكر تلك الانواع باسرها و بيان حكم كل واحد منها وان لم تكن من أحد تلك الانواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله فى صدر الفصل الشجاج عشرة اذ تكون الشجاج حينئذ احدى عشرة اللهم الا أن يقال هى احدى تلك الانواع وهو الآمة بدلالة كون حكمها ثلث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الانواع مع أحكامها لبيان حال قسمها الذى فى جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذى فى جوف الرأس لكنه تعسف لايخفى

من الوجه على الحقيقة الا أنا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة (قوله وقالوا الجائفة تختص بالجوف) جوف الرأس أو جوف البطن وفى الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وماوصل من الرقبة الى الموضع الذى اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا او مافوق ذلك فليس بجائفة وفى الذخيرة ولا تكون جائفة على الوجه وان نفذت الى الفم وفيه حكومة عدل (قوله وتفسير حكومة العدل على ماقال الطحاوى رحمه الله ان يقوم مملوكا الى آخره) فان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفا ومع الجراحة تبلغ قيمته تسعمائة علمت أن الجراحة أوجبت نقصان عشر قيمته فاوجبت عشر الدية لان قيمة الحر ديته و به أخذ شمس الائمة الحلوانى رحمه الله وقال فى فتاوى قاضيخان الفتوى على هذا وأما تفسير ما قاله الكرخى ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك بيان هذا ان هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة ارباع ارش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح كذا فى الذخيرة

يريد به العظم الذى تحت الذقن وقوله (وقد تحقق فيه معنى المواجهة) قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضا فى الطهارة وأجيب بانا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة وقوله (ثم ينظر الى تفاوت مابين القيمتين) مثاله ان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة أوجبت نقصان عشر قيمته فاوجبت عشر الدية لان قيمة الحر ديته قال قاضيخان والفتوى على هذا وقوله (ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة) بيانه أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة وان كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح

لحديث على فانه اعتبر حكومة العدل فى الذى قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد

كشفه أكثر من كشف سائر البدن

*(فصل

(فصل) قال (وفى أصابع اليد نصف الدية) لان فى كل أصبع عشر الدية على ماروينا فكان فى الخمس نصف الدية ولان فى قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر (فان قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية) لقوله عليه السلام وفى اليدين الدية وفى احداهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها (وان قطعها مع نصف الساعد ففى الاصابع والكف نصف الدية وفى الزيادة حكومة عدل) وهو رواية عن أبى يوسف وعنه أن مازاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للاصابع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع أوجب فى اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع

(فصل فى الاطراف دون الرأس) لما كانت الاطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها فى فصل على حدة كذا فى العناية وغيرها أقول لايذهب على الناظر فى مسائل هذا الفصل أنها غير منحصرة فى الاطراف بل بعضها متعلقة بالاطراف و بعضها متعلقة بالشجاج و بعضها متعلقة بالقتل فالوجه المذكور انما يمشى فى بعض منها دون الكل فالاوجه عندى أن يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسألة منها فى باب على حدة فى مختصر الكرخى كما ذكر فى غاية البيان أوردها المصنف فى فصل على حدة وأخرها عن الفصلين المارين جريا على ماهو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات فى فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافيا للمافات فيها الا أنه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد أيضا اعتمادا على فهم الناظرين (قوله وفى أصابع اليد نصف الدية) أى فى أصابع اليد الواحدة نصف الدية اذ فى أصابع اليدين كمال الدية كما مر أقول لقائل أن يقول لماذكر فيما مر أن فى كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية كان ذكر هذه المسألة ههنا مستدركا اذ لاشك أن خمسة أعشار الدية نصف الدية فعلم قطعا مما مر أن فى أصابع اليد الواحدة وهى خمس أصابع نصف الدية ولو لم يكف الاستلزام والاقتضاء فى حصول العلم بمسألة بل كان لابد فيه من التصريح بها للزم أن يذكر أيضا أن فى الاصبعين عشرى الدية وفى ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية وفى أربع أصابع أربعة أعشار الدية الى غير ذلك من المسائل المتروك ذكرها صراحة فى الكتاب ويمكن الجواب عنه بان ذكر هذه المسألة هنا ليس لبيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة للمسألة المعاقبة اياها وهى قوله فان قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية فالمقصود بالبيان هنا أن قطع الاصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان فى الحكم وعن هذا قال فى الوقاية فى هذا المقام وفى أصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية (قوله ولان فى قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر) يعنى أن قطع كلها تفويت جنس منفعة البطش وهو موجب الدية الكاملة على مامر ففى تفويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع أصابع اليد الواحدة نصف الدية لامحالة ثم ان جمهور الشراح قالوا قوله على مامر اشارة الى قوله ولان فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهى عشرة فتقسم الدية عليها أقول فيه بحث اذ الظاهر أن قوله على مامر متعلق بقوله وهو الموجب لابما قبله والالكان حق قوله وهو الموجب أن يؤخر عن قوله على مامر واذا كان قوله على مامر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم أن يشار به الى ماقاله هؤلاء الشراح اذ ليس فى ذلك تعرض لما هو الموجب للدية حتى يشار اليه هنا بقوله كما مر وقال صاحب الغاية هنا قوله وهو الموجب على مامر أى الموجب للدية تفويت جنس

(فصل) (قوله وفى أصابع اليد نصف الدية) أى اليد الواحدة (قوله على ماروينا) وهو ماذكر فى فصل مادون النفس قوله عليه السلام فى كل أصبع عشر من الابل (قوله وهو الموجب على مامر) وهو قوله ولان فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة الى آخره (قوله لاوجه الى أن يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا) كما لم يجعل احدى اليدين تابعة للاخرى وأما قوله واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب وقال عليه السلام وفى اليدين الدية فان اسم اليد متناول لهذه الجارحة من رؤس الاصابع الى الابط قلنا لانسلم لما

(فصل) لما كانت الاطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها فى فصل على حدة (فى أصابع اليد نصف الدية) لان فى كل أصبع عشر الدية على ماروينا من قوله صلى الله عليه وسلم فى كل أصبع عشر من الابل وقوله (على مامر) اشارة الى قوله ولان فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة الخ

(فصل فى أصابع اليد) قال المصنف (وفى أصابع اليد نصف الدية) أقول ولايعلم فيه خلاف

ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا فى حق التضمين ولانه لاوجه الى أن يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى أن يكون تبعا للكف لانه تابع ولاتبع للتبع قال (وان قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان أصبعين فالخمس ولاشئ فى الكف) وهذا عند أبى حنيفة وقالا ينظر الى أرش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل فى الكثير لانه لاوجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شئ واحد ولا الى اهدار أحدهما لان كل واحد منهما أصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله أن الاصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها وأوجب الشرع فى أصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من

المنفعة لاتفويت صورة الآلة على مامر فى فصل فيما دون النفس اه أقول هذا أبعد مما ذهب اليه جمهور الشراح لان بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة مما لافائدة له أصلا فيما نحن فيه لان المفروض فيه قطع أصابع اليد الواحدة على مايدل عليه قوله ولان فى قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش دون مجرد ازالة منفعتها بدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف ههنا على مامر اشارة الى ماذكره فى فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية بخلاف مامر فى ذلك الفصل فان وضع المسئلة هنالك فيمن ضرب عضوا فاذهب منفعته بدون أن يقطعه فلبيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة تأثير تام وفائدة ظاهرة هنالك ثم أقول الاقرب الى الحق عندى أن يكون قول المصنف هنا على مامر اشارة الى ماذكره فى أوائل فصل فيما دون النفس من قوله والاصل فى الاطراف أنه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا فى الآدمى على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمى اه فان الظاهر منه أن الموجب للدية الكاملة فى الاطراف تفويت جنس المنفعة أو ازالة الجمال المقصود فى الآدمى على الكمال فيناسب الاشارة اليه هنا بقوله على مامر فى قوله وهو الموجب على مامر (قوله ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع) أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والاصابع مدخل فى البطش ومدلول قوله فيما قبل ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها أن يكون الباطش هو الاصابع لاغير فبين كلاميه فى المقامين نوع تدافع وكأن صاحب الكافى تفطن له حيث غير تحرير المصنف هنا فقال لهما أن أرش اليد انما يجب باعتبار انه آلة باطشة والاصل فى البطش الاصابع والكف تبع لها أما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها فى حق التضمين انتهى ثم أقول يمكن التوفيق بين كلامى المصنف أيضا بنوع عناية وهو أن يقدر المضاف فى قوله فيما قبل لان البطش بها أى لان أصل البطش بها كما قال

وقوله (ولا تبع للتبع) يعنى واذا لم يكن تبعا للاصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة اذ لاوجه لاهداره ولم يرد فيه من الشارع شئ مقدر فيجب فيه حكومة عدل وأجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع فان اليد اذا ذكرت فى موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما فى آية السرقة وقوله (وان قطع الكف من المفصل) واضح

فى الكافى هنالك لان قوام البطش بها فلا ينافى أن يكون بالكف أيضا بطش فى الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع

أن اليد اذا ذكرت فى موضع القطع فالمراد به مفصل الزند بدليل آية السرقة كذا فى المبسوط (قوله ولا الى أن يكون تبعا للكف) أى لاوجه الى أن يكون تبعا للكف لان الكف تابع للاصابع ولا تبع للتبع لانه من حيث انه تبع لايجب للكف شئ ومن حيث انه أصل للساعد يجب أن يجب له شئ فيؤدى الى الجمع بين الواجب وعدمه ولما لم يكن الساعد تبعا الى الاصابع ولا الى الكف وجب اعتباره أصلا اذ لاوجه الى اهداره ولم يرد من الشارع فيه شئ مقدر فتجب فيه حكومة عدل (قوله حقيقة وشرعا) أما من حيث الحقيقة فلان البطش بالاصابع وأما من حيث الحكم فلان الاصبع له ارش مقدر والكف ليس له ارش مقدر وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه من الشارع فهو ثابت بالرأى والرأى لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير بالنص أولى وهذا لان المصير الى الرأى للضرورة وهذه الضرورة لا تتحقق عند امكان ايجاب المقدر بالنص

(وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب) يعنى أن الترجيح من حيث الحقيقة والشرع أما من حيث الحقيقة فهو أن البطش بالاصابع وأما من حيث الحكم فلان الاصبع له أرش مقدر والكف ليس كذلك وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالرأى وهو لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصا أولى فان المصير الى الرأى ضرورة ولا ضرورة عند امكان ايجاب الارش المقدر شرعا ولما كان الاعتبار عند أبى حنيفة لتقدير الشرع نصا لم يفرق بين أن يكون الباقى من الاصابع واحدا أو أكثر لان للاصبع الواحدة أرشا مقدارا فيجعل الكف تبعا للاصبع الواحدة وكذا المفصل الواحد من الاصبع فى ظاهر الرواية لان له أرشا مقدرا وما بقى شئ من الاصل وان قل فلا حكم للتبع وقوله (فى الاصبع الزائد حكومة عدل) يعنى سواء قطع عمدا أو خطأ وسواء كان للقاطع أصبع زائدة أولا أما اذا لم يكن فلانه لاوجه الى قطع أصبع أخرى فلا يجب القصاص كمن قطع ابهام انسان

الترجيح من حيث مقدار الواجب (ولو كان فى الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الاصابع ولاشئ فى الكف بالاجماع) لان الاصابع أصول فى التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال (وفى الاصبع الزائدة حكومة عدل) تشريفا للآدمى لانه جزء من يده ولكن لامنفعة فيه ولا زينة (وكذلك السن الشاغية) لما قلنا (وفى عين الصبى وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل) وقال الشافعى تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا أن المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال (وكذا لو استهل الصبى) لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفى الذكر بالحركة وفى العين بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم

(قوله والترجيح من حيث الذات والحكم) أى من حيث الحقيقة والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب لان المصير الى الترجيح بالكثرة عند المساواة فى القوة لا مساواة بين الرأى والنص فلا يصار الى الترجيح هذا اذا بقى اصبع واحدة وأما اذا لم يبق من الاصبع الا مفصل واحد ففى ظاهر الرواية عند أبى حنيفة رحمه الله يجب فيه ارش ذلك المفصل ويجعل الكف تبعا له لان ارش ذلك المفصل مقدر وما بقى شئ من الاصل وان قل فلا حكم للتبع كما اذا بقى واحد من أصحاب الخطة فى المحلة لا يعتبر السكان وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله اذا كان الباقى دون اصبع فانه يعتبر فيه الاقل والاكثر فيدخل الاقل فى الاكثر لان ارش الاصبع منصوص عليه فاما ارش كل مفصل غير منصوص عليه وانما اعتبرنا ذلك بالمنصوص بنوع رأى وكونه أصلا باعتبار النص فاذا لم يرد النص فى ارش مفصل واحدة اعتبر فيه الاقل والاكثر ولكن الاول أصح كذا فى المبسوط ثم اعلم انه اذا قطع الكف ولا أصابع فيها قال أبو يوسف رحمه الله فيها حكومة عدل لا يبلغ بها ارش اصبع لان الاصبع الواحدة يتبعها الكف على قول أبى حنيفة رحمه الله فلا تبلغ قيمة التبع قيمة المتبوع كذا فى الايضاح (قوله وفى الاصبع الزائدة حكومة عدل) أى سواء كان فى العمد أو فى الخطا وسواء فيما اذا كان للقاطع أصبع زائدة أم لا هكذا ذكر فى الذخيرة ولا يقال بان قوله عليه السلام فى كل أصبع كذا مطلق وهذا أصبع لانا نقول انما يفهم من خطابات الشرع ما هو معروف ومتفاهم عند الناس والاصبع الزائدة ليست بهذه المثابة فلا يتناوله النص (قوله وكذلك السن الشاغية لما قلنا) اشارة الى قوله لانه جزء من يده والسن الشاغية أيضا جزء من فمه (قوله وفى عين الصبى) وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته

وليس له ابهام ولان المساواة فى القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لان قيمة الاصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الاصبع الغير الزائدة أرش مقدر فلا مساواة بينهما فى القيمة وأما اذا كان له أصبع زائدة فلان المساواة فى القيمة يقينا شرط جريان القصاص ولم يوجد لما قلنا أن الواجب فى قطع الزائد حكومة عدل وهى تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يقين ثمة وقوله (لانه جزء من يده ولكن لامنفعة فيه ولا زينة) قيل عليه أنه منقوض بما اذا كان فى ذقن رجل شعيرات معدودة فازالها رجل ولم ينبت مثلها فانه لم يجب حكومة عدل وان كان الشعر جزأ من الآدمى بدليل أنه لا يحل الانتفاع به وأجيب بان ازالة جزء الآدمى انما توجب حكومة عدل اذا بقى من أثره ما يشينه كما فى قطع الاصبع الزائدة وازالة الشعرات تزينه لا تشينه فلا توجبها كما لو قص ظفر غيره بغير اذنه وقوله (وكذلك السن الشاغية) أى الزائدة (لما قلنا) يريد قوله لانه جزء من يده فان السن جزء من فمه والسن الشاغية هى التى تخالف نبتها نبت غيرها من الاسنان يقال رجل أشغى وامرأة شغواء فانها وان كانت زائدة فهى نقصان معنى وقوله (والظاهر لا يصلح حجة للالزام) انما قيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الالزام حتى لو أعتق صغيرا لا يعلم صحة هذه الاعضاء منه يقينا يخرج عن عهدة الكفارة لان الغالب هو السلامة وقد تقدم من قبل فى قوله ويجزيه رضيع

(قوله وأجيب بان ازالة جزء الآدمى الخ) أقول ووجوب الحكومة يدل على ذلك لانها باعتبار النقص فى القيمة وذلك بالشين اللاحق به وقول الكرخى لا يمكن اعتباره فى غير الرأس والوجه كما لا يخفى (قال المصنف وقال الشافعى تجب دية كاملة) أقول قال الكاكى وبه قال أحمد والثورى

البالغ فى العمد والخطا قال (ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة فى الدية) لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا أوضحه فمات وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء فى الجملة كما اذا قطع أصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات

(قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا أوضحه فمات) أقول فيه نظر اذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول أرش الموضحة فى الدية لما تم ما سبق فى فصل فيما دون النفس من أنه قد روى أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بانه لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم (٢) فى ضربة ذهب بها العقل الا دية واحدة فليتأمل (قوله وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط) قال صاحب النهاية أى لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شئ فثبت بهذا أن وجوب أرش الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعنى الشعر يسقط يعنى أرش الموضحة لبيان أن الارش يجب بالفوات كذا فى النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما اهـ أقول ان قوله وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما ليس بشئ اذ لا ريب أن كون وجوب أرش الموضحة بفوات جزء من الشعر لا بمجرد تفريق الاتصال والايلام الشديد أمر خفى جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام اذ كان الظاهر المتبادر مما ذكروا فى فصل الشجاج أن لا يشترط فى وجوب أرش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان لا ينبت بعد أصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هى التى توضح العظم أى تبينه ثم بينوا حكمها بانه القصاص ان كانت عمدا ونصف عشر الدية ان كانت خطا ولا شك أن اسم الموضحة وحدها المذكور يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضا فكان اشتراط أن لا ينبت الشعر بعد البرء أصلا فى وجوب أرشها أمرا خفيا محتاجا الى البيان بل الى البرهان ولهذا قال المصنف وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط وقال فى الكافى ووجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شئ وقال فى المبسوط وجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شئ الى غير ذلك

حكومة عدل) ولا يلزم جواز تحرير الرضيع عن الكفارة لانه مأمور بتحرير الرقبة والظاهر سلامتها فيتحقق الامتثال بتحرير الرضيع فلا يجب غيره بالشك فاما الظاهر هنا لا يصلح حجة لايجاب القصاص والدية فلا يجبان بالشك على انه قال فخر الاسلام رحمه الله تاويل تحريره عن الكفارة أنه أعتق ثم عاش حتى ظهر سلامة أطرافه حتى لو مات قبل أن تظهر سلامة أطرافه لم يتأد به الكفارة فاما ههنا بالقطع تنقطع طريق معرفة السلامة فلهذا امتنع القصاص والدية (قوله ومن شج رجلا) أى موضحة فذهب عقله وشعر رأسه دخل ارش الموضحة فى الدية وقال زفر رحمه الله لا يدخل لانهما جنايتان مختلفتان فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات (قوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط) أى لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شئ فثبت بهذا أن وجوب ارش الموضحة بسبب فوات الشعر وكذلك وجوب الدية أيضا بفوات الشعر كله علم بهذا أن سببهما شئ واحد وهو فوات الشعر ولما كان كذلك يدخل الاقل فى الاكثر كما اذ قطع الكف مع الاصابع حيث يدخل موجب الكف وهو حكومة العدل فى ارش الاصابع وفى المبسوط وجب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شئ واذا وجب كمال بدل النفس باعتبار ذهاب الشعر لا يجب ما دونه باعتباره أيضا (قوله بسبب واحد) وهو فوات الشعر بالشج

قال (ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه) فى هذا بيان أن الجزء قد يدخل فى الكل قوله (فصار كما اذا أوضحه فمات) يعنى من حيث أن ذهاب العقل فى معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم أو من حيث ان العقل ليس فى موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد وقوله (وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر) لبيان الجزئية وقوله (حتى لو نبت) يعنى الشعر (يسقط) يعنى أرش الموضحة لبيان أن الارش يجب بالفوات كذا فى النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما وقوله (وقد تعلقا) يعنى أرش الموضحة والدية (بسبب واحد وهو فوات الشعر) لكن سبب الدية الكل فدخل الجزء فى الجملة كما اذا قطع أصبع رجل فشلت يده

لعموم الحديث قلنا خص منه لسان الاخرس اهـ وفيه أنه لا يدفع عموم حديث العين والذكر (قوله أو من حيث ان العقل ليس فى موضع يشار اليه الخ) أقول قال العلامة الكاكى وفيه تامل اذ بعض أهل السنة قالوا محل العقل القلب و بعضهم قالوا محله الرأس انتهى فكان الاولى أن يقال من حيث بطلان منفعة جميع الاعضاء كما قاله المصنف فشرح كلامه بما ذكره لا يطابق المشروح

(٢) لم لا يلزم كذا بهامش الاصل

وجوابه ماذكرناه قال (وان ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية) قالوا هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعن أبى يوسف أن الشجة تدخل فى دية السمع والكلام ولا تدخل فى دية البصر وجه الاول أن كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا ووجه الثانى أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال (وفى الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص فى ذلك) عند أبى حنيفة قالوا وينبغى أن تجب الدية فيهما (وقالا فى الموضحة القصاص) قالوا وينبغى أن تجب الدية فى العينين قال (وان قطع أصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقى من الاصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه فى شئ من ذلك

من البيانات الواقعة من الثقات (قوله وجوابه ماذكرناه) قال فى العناية قيل يعنى به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الاول انتهى أقول فى قوله وهو أشمل بحث لان المراد بسبب واحد فى قول المصنف وقد تعلقا بسبب واحد انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه قوله فدخل الجزء فى الجملة لان الجزئية انما توجد فى صورة فوات شعر رأسه بالشجة لا فى صورة ذهاب عقله بها وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه بكون مراد المصنف بسبب واحد هنا فوات الشعر حيث قال فى شرحه قوله وقد تعلقا يعنى أرش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء فى الجملة انتهى ولا يخفى أن هذا المعنى يختص بالمسئلة الثانية وهى صورة ذهاب شعر رأسه كما أن قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء مختص بالمسئلة الاولى وهى صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان القيل الثانى أشمل من الاول والوجه عندى أن يكون مراد المصنف بقوله ماذكرناه فى قوله وجوابه ماذكرناه مجموع ماذكره فى تعليلى المسئلتين فحينئذ يوجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى (قوله وجه الاول أن كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء) قال فى معراج الدراية قال الهندوانى كنا نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما ينقضه وهو انه لو قطع يده فذهب عقله ان عليه دية العقل وأرش اليد بلا خلاف من أحد فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب أرش اليد كما لو مات والصحيح من الفرق أن الجناية وقعت على عضو واحد فى العقل ووقعت فى السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى أقول كما ينتقض الفرق المذكور فى الكتاب بالمسئلة التى ذكرها الهندوانى كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة فان الجناية وقعت فيها أيضا على عضو واحد وهو اليد مع أنه لم يدخل أرش اليد فى الدية وان اعتبر العقل فى تلك المسئلة عضوا مغايرا للعضو اليد فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم لم يعتبر العقل فى مسئلة الشجة أيضا عضوا مغايرا لمحل الشجة حتى تكون هذه المسئلة أيضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش فى الدية كما فى السمع والبصر وبالجملة ما عده الهندوانى صحيحا من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض أيضا فتامل (قوله ووجه الثانى أن السمع والكلام مبطن) قال صاحب العناية قيل يراد به الكلام النفسى بحيث لا ترتسم فيها المعانى ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففى جعله مبطنا

(قوله ووجه الثانى ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل) فيدخل ارش الشجة فى دية السمع والكلام (قوله والبصر ظاهر فلا يلحق به) أى بذهاب العقل فلذلك لا يدخل ارش الشجة فى دية البصر وقال فى الايضاح وهذا الفرق لا يتضح وذكر فى المبسوط بعدما ذكر تعليل أبى يوسف رحمه الله ولكنا نقول محل السمع غير محل الشجة وكذلك محل البصر وبتفويتهما لا تتبدل النفس وانما تجب الدية لتفويت منفعة مقصودة فيكون بمنزلة ذهاب البصر بالشجة (قوله قالوا وينبغى أن تجب الدية فى العينين)

جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الاول وقوله (قالوا) يعنى المشايخ (هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف) قال فى النهاية ذكر أبى يوسف مع أبى حنيفة وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغى أن يذكر محمدا مكان أبى يوسف كما هو فى الايضاح أو لا يذكر أحدا أصلا كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغنى وهذا الذى ذكره اذا كان خطا وأما اذا كان عمدا يجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر عند أبى حنيفة وعندهما يجب القصاص فى الشجة والدية فى السمع والبصر وقوله (وجه الاول) هو أن أرش الموضحة لا يدخل فى الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام وقوله (على ما بينا) يعنى قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقوله (ووجه الثانى) يعنى قوله وعن أبى يوسف أن السمع والكلام مبطن قيل يراد به الكلام النفسى بحيث لا ترتسم فيها المعانى ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففى جعله مبطنا نظر وقوله (وقالوا) يعنى المشايخ أى قال المشايخ (ينبغى أن تجب الدية فيهما) أى فى العينين (والارش فى الموضحة) وقالا فى الموضحة القصاص (قالوا) أى المشايخ (وينبغى أن تجب الدية فى العينين)

وقوله (لهما في الخلافية) أي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه (فلا يجب في الموضحة القصاص وفي العينين الدية وله) أي ولابي حنيفة

(أن الجراحة الاولى سارية والجراحة التي تعمل قصاصا قد لا تكون سارية اذ ليس في وسعه فعل ذلك) فلا يكون مثلا

للاولى ولا قصاص بدون المماثلة (ولان الفعل واحد وهو الحركة القائمة) أي الثابتة حال الشج (وكذا المحل) أي محل الجنايتين (واحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر) ونهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية نظرا الى اتحادهما وقوله (بخلاف النفسين) جواب عن قولهما كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه وتعدى الى غيره فقتله ووجه ذلك أنا جعلنا الفعل واحدا من حيث ان الثاني حصل من سراية الاول وههنا ليس كذلك فان السراية انما تكون بتعاقب الآلام وهو انما يتحقق في شخص واحد قوله (وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع) جواب عما يقال اذا قطع أصبع رجل عمدا فاضطرب السكين ووقع على أصبع أخرى فقطعها يقتص للاولى دون الثانية فما بال مسئلتنا لم تكن كذلك ووجهه أن القطع الثاني انما لم يورث الشبهة في القصاص لانه فعل مقصود وأما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود فقوله (لانه ليس فعلا مقصودا) الضمير فيه عائد الى ذهاب العين بالسراية وبهذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية ان في قوله لانه ليس فعلا مقصودا نظرا وأن الصواب وزفر

ماذكره في الذخيرة أنه مقصود ولكن ليس من أثره فانه رجع الضمير الى الفعل الثاني فاختل الكلام وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ماذكر

وينبغي أن تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل (وكذلك لو كسر سن رجل فاسود ما بقي) ولم يحك خلافا وينبغي أن تجب الدية في السن كله (ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس أو اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك) لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال أشجه موضحة وأترك الزيادة لهما في الخلافية أن الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احداهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود في الاول والدية في الثاني وله أن الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فاورثت نهايته شبهة الخطا في البداية بخلاف النفسين لان أحدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا قال (وان قطع أصبعا فشلت الى جنبها أخرى فلا قصاص في شئ من ذلك) عند أبي حنيفة وقالا هما

نظر انتهى أقول يمكن أن المراد به هو الثاني والمراد بكون السمع والكلام مبطنا كون محلهما مستورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى (قوله وينبغي أن تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل) أقول لقائل أن يقول هذا يخالف وينافي ماذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل كما اذا قطع أصبع رجل فشلت يده فان مقتضى ما أسلفه أن يجب في الكل الدية ويدخل الجزء في الكل على خلاف ماذكره ههنا اللهم الا أن يكون بناء اختلاف ماذكره في المقامين على اختلاف الروايتين في المسئلة ومما يعضده كلام تاج الشريعة ههنا حيث قال وذكر الصدر الشهيد في

أي قال المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن تجب الدية في العينين والارش في الموضحة وقوله قالوا ينبغي ان تجب الدية في العينين أي قال المشايخ على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجب القصاص في الموضحة والدية في العينين وانما كرر لفظ قالوا لان الاول في قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني في قولهما (قوله لهما في الخلافية) أي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه قالا في الموضحة القصاص والدية في العينين (قوله وله أن الجراحة الاولى سارية الى آخره) أبو حنيفة رحمه يقول هذه جناية وسرايتها وقد تعذر ايجاب القصاص باعتبار سرايتها فلا يجب القصاص باعتبار أصلها كما لو قطع مفصلا فشلت الاصبع وهذا لان السراية أثر الجناية وهي مع أصل الجناية في حكم فعل واحد والدليل على انه سراية ان فعله أثر في نفس واحدة والسراية عبارة عن آلام متعاقبة من الجناية على البدن وذلك يتحقق في نفس واحدة في موضعين منها كما يتحقق في الطرف مع أصل النفس اذا مات من الجناية بخلاف النفسين فان الفعل في النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الجناية الاولى اذ لا يتصور السراية من نفس الى نفس فلا بد من أن يجعل ذلك في حكم فعل على حدة وهو خطأ ثم يعتبر حكم كل فعل بنفسه أو نقول ان ذهاب البصر ههنا حصل بطريق التسبيب والفعل بقي شجة على ما كانت والاصل في سراية الافعال اذا حدثت لم يبق الاول كالقطع اذا سرى الى النفس صار قتلا ولم يبق قطعا وههنا الشجة لا تنعدم بذهاب البصر فكان الفعل الاول سببا الى فوات البصر بمنزلة حفر البئر والسبب لا يوجب القصاص (قوله فاورثت نهايته شبهة الخطا في البداية) يعني اذا صار لا يوجب القود بعاقبه أثر ذلك في البداية (قوله وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع) يعني لو قطع أصبعا فاضطرب السكين وأصاب أصبعا أخرى خطأ منه اقتص في الاولى دون الثانية لانها قد صارت مقصودة ونحن نسلم أنها تصلح مقصودة وانما الكلام في احتمال الاتحاد وذلك عند السراية يكون وقد وجد كذا ذكره فخر الاسلام في الجامع الصغير وفي الايضاح بخلاف ما اذا انسل السكين الى اصبع أخرى لان القطع في الاخرى ليس من أثر الفعل الاول بل الفعل حله مقصودا فينفرد بحكمه (قوله لانه ليس فعلا مقصودا) أي لان ذهاب العينين

من الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثاني الى الثاني (وقالا وزفر) تركيب غير جائز ولو قال وقالا هما وزفر كان

صوابا وقوله (والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفا) يريد قوله ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه الخ وقوله (انه يجب القصاص فيهما) أي في الشجة وذهاب البصر فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فاوجب القصاص فيهما في الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة وقوله (بخلاف الخلافية الاخيرة) يعني قوله وان قطع أصبعا فشلت الى جنبها أخرى وقوله (ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها) حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبي حنيفة والقصاص في الموضحة والارش في العينين عندهما وقوله (فتا كلتا) أي صارتا واحدة بالاكل (فهو على الروايتين) أي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة (عن محمد) يعني لا قصاص على المشهور وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة (وعن أبي

يوسف أنه اذا قلع سن بالغ فنبتت مكانها أخرى تجب حكومة عدل) لمكان الالم الحاصل يقوم وليس به هذا الالم ويقوم وبه هذا الالم فيجب

ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة وقوله (فنبتت سن الاول) يعني بغير اعوجاج وان نبتت معوجا تجب حكومة عدل

وزفر والحسن يقتص من الاولى وفي الثانية أرشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية أن سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبيب ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) الا على رواية ابن سماعة (ولو أوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين) هاتين قال (ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الارش في قول أبي حنيفة وقالا عليه الارش كاملا) لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله أن الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة (وعن أبي يوسف أنه تجب حكومة عدل) لمكان الالم الحاصل (ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الارش بكماله) لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود (وكذا اذا قطع أذنه فالصقها فالتحمت) لانها لا تعود الى ما كانت عليه (ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم) لانه تبين أنه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت الجناية

الجامع على نحو ماذكره هنا وذكر فخر الاسلام البزدوي في مبسوطه أجمعوا على انه لو قطع مفصلا من أصبع فشل الباقي فانه يجب في الكل الارش ويجعل كله جناية واحدة انتهى تدبر

بالسراية في مسئلة الشجة ليس فعلا وراء الشجة فتكون السراية صفة الشجة فيكون الفعل واحدا ولا كذلك ههنا لان قطع الاصبع الاخرى فعل غير الاول أو يكون معنى قوله لانه ليس فعلا مقصودا ان قطع الاصبع الاخرى لا يقصد من الاولى اذ الخطأ لا يقصد من العمد فلا يمكن ان يجعل الثاني تتمة للاول ونهاية له فلا يورث الشبهة في الاول لكونهما فعلين متغايرين منفصلا أحدهما عن الآخر من كل وجه بخلاف السراية لانها قد تقصد بالفعل فامكن أن تجعل تتمة الفعل ونهاية له فيورث السراية شبهة في أولها (قوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه) أي في قوله ومن شج رجلا موضحة فذهب عيناه الى آخره (قوله بخلاف الخلافية الاخيرة) وهي قوله وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها أخرى (قوله كما لو آلت الجراحة وسرت الى النفس) أي قطع اصبع رجل عمدا فسرى ومات يجب القصاص (قوله ظلما) أي عمدا (قوله ألا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها) ايضاح لما ان ذهاب العينين بالسراية بطريق التسبيب لا بطريق المباشرة اذ لو كان بطريق المباشرة لكان المعتبر ذهاب العينين في اثبات موجبه دون الشجة كما اذا سرى الموضحة الى النفس لا تبقى الموضحة معتبرة حتى لا يجب موجبها بل المعتبر هو الجناية على النفس (قوله فهو على الروايتين هاتين) يعني يقتص منه على رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله وعلى الرواية المشهورة لا قصاص كما لو كسر بعض السن فسقطت (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله انه تجب حكومة عدل) أي فيما اذا قلع سن رجل بالغ ثم نبت مكانها أخرى تجب حكومة العدل لمكان الالم الحاصل أي يقوم وليس به هذا الالم ويقوم به هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة كذا نقل عن ركن الائمة الصباغي رحمه الله (قوله فعلى القالع الارش بكماله) لان هذا مما لا يعتد به قال شيخ الاسلام وهذا اذا لم تعد الى حالتها الاولى بعد النبات في المنفعة والجمال والغالب ان لا تعود الى تلك الحالة لان المقلوع لا يلزق بالعصب والعروق في الغالب فيكون وجود هذا النبات والعدم بمنزلة وأما لو تصور عود الجمال والمنفعة بالانبات لم يكن على القالع شئ كما

قوله (ولهذا يستأنى حولا) أي يؤجل سنة (بالاجماع) وقال في التتمة حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في انباته ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة و بعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع وقوله (فاختلفا قبل السنة) أي قال المضروب انما سقطت سني بضربك وقال الضارب بسبب آخر وقوله (ليكون التأجيل مفيدا) يعني أن التأجيل انما كان ليظهر عاقبة الامر فلو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء وقوله (وان اختلفا في ذلك) أي في سقوط السن بعد السنة

ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي أن ينتظر الياس في ذلك للقصاص الا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال (ولو ضرب انسان سن انسان فتحركت يستأنى حولا) ليظهر أثر فعله (فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب) ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا (وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب) لانه ينكر أثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر (ولو لم تسقط لا شيء على الضارب) وعن أبي يوسف انه تجب حكومة الالم

(قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع) أي يؤجل سنة بالاجماع وذكر في التتمة أن سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل الا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الارش لانه لا يدري عاقبته انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك اجمالا وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في انباته وقال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة و بعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع انتهى أقول نظره ساقط لان الذي ينافي الاجماع مما نقله عن الذخيرة انما هو مفهوم قوله و بعض مشايخنا قالوا أي مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو عدم اجماع المشايخ لا عدم اجماع المجتهدين ومراد المصنف بالاجماع في قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع انما هو اجماع المجتهدين دون اجماع المشايخ وانتفاء أحد الاجماعين لا يستلزم انتفاء الآخر ألا يرى أن المشايخ كثيرا ما يختلفون في رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروي اجتماع المجتهدين فيها و بعضهم يروي اختلافهم فيها وما نحن فيه يشبه أن يكون من هذا القبيل كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان فانه قال فيها ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف رجل قلع سن رجل لا أنتظر بها حولا وانما أنتظر بسن الصبي وأقضي عليه بارشها وذلك لان نبات السن بعد البلوغ نادر

لو نبت السن المقلوعة كذا في الذخيرة (قوله ولهذا يستأنى حولا) أي يؤجل سنة بالاجماع ثم هذه الرواية تخالف رواية التتمة وفيها ان في سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول وهو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل الا أنه قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الارش لانه لا يدري عاقبته وفي الذخيرة بعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأنى حولا وفي المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله انه اذا نزع سن انسان ينبغي للقاضي ان يأخذ ضمينا من القالع ثم يؤجله سنة من يوم النزع فاذا مضت السنة ولم ينبت اقتص منه قال هشام قلت لمحمد رحمه الله فيمن ضرب سن رجل فسقط أينتظر بها حولا لعلها تنبت قال لا فقلت أقال واحد من اخوانك ينتظر قال لا انما ذلك اذا تحركت (قوله فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه) أي قال المضروب سقطت سني من ضربك فقال الضارب لا بل من ضرب رجل آخر فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا لان التأجيل ما كان الا ليظهر أثر فعله في تلك المدة فكان من ضرورة اعتبار الاجل ان يعتبر قول المضروب اذ لو لم يعتبر فالم يكن مفيدا وأما بعد

(قوله و بعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ) أقول يعني بعض المشايخ قالوا الاستيناء حولا انما هو في الصغير وأما في البالغ فلا يستأنى (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام في الجراحات كلها يستأنى حولا) أقول اعلم أن في سن الصبي يستأنى حولا بالاتفاق وفي سن البالغ خلاف أبي يوسف والتفصيل في غاية البيان ثم لا يخفى عليك أن ما ذكره الشارح لا يدل على نفي الاجماع في سن البالغ الا بتكلف (قال المصنف وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر أثر فعله الخ) أقول هذا لا يدل على كون القول للضارب اذا كان السقوط قبل السنة والاختلاف بعدها و يثبت ذلك بالبينة أو بالنكول

وسنبين

وقوله (وسنبين الوجهين) أي وجه قوله لا شيء على الضارب ووجه حكومة الالم وقوله (يجب الارش كاملا) وقوله (لما ذكرنا) يعني قوله لا يمكنه أن يضر به ضربا يسود منه ولم يفصل بين ما اذا كانت السن من الاضراس التي لا ترى أو من الاسنان التي ترى وقالوا يجب أن يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس فالمعتبر في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ بالاسوداد دون الجمال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كانت مما يرى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند آخرين حكومة عدل لانه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد تكون لون الاسنان في بعض الانسان وانما يكون فيه نوع نقص فتجب الحكومة بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لانها لا تكون لون الاسنان بحال فكان مفوتا للجمال على الكمال اذا كانت بادية قال (ومن شج رجلا فالتحمت) كلامه ظاهر وتعليل أبي حنيفة وأبي يوسف هو الموعود قبيل هذا بقوله وسنبين الوجهين بعد هذا وقوله (الا أن أبا حنيفة يقول ان المنافع الخ) جواب عن قول أبي يوسف فالالم الحاصل ما زال وعن قول محمد انما لزمه أجر الطبيب و وجهه أن تحمل الالم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على أصلنا لا تتقوم الا بعقد كالاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة أو بشبهته كالاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شيء من ذلك في حق

وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى (ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص) لانه لا يمكنه أن يضر به ضربا تسود منه (وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي) لا قصاص لما ذكرنا (وكذا لو احمر أو اخضر) ولو اصفر فيه روايتان قال (ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر و نبت الشعر سقط الارش) عند أبي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال أبو يوسف يجب عليه أرش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد عليه أجرة الطبيب لانه انما

والى هذه الرواية مال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره وقال الناطفي أيضا قال في المجرد لو نزع سن صبي ينبغي للقاضي أن يأخذ ضمينا من النازع للمنزوع سنه ويؤجله سنة منذ يوم نزع سنه فاذا مضت سنة ولم تنبت اقتص له وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما الى هنا لفظ الغاية والظاهر أن المصنف أيضا ذهب اليه فقال ولهذا يستأنى حولا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع أخذا بما ذكر في المجرد بدون رواية خلاف أحد من المجتهدين والعجب من صاحب العناية أنه جعل ما ذكر في الذخيرة منافيا للاجماع ولم يجعل ما ذكر في التتمة منافيا له حيث لم يورد النظر به مع كون منافاته اياه أظهر على تقدير حمل الاجماع على اجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحبا الكفاية ومعراج الدراية قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع يخالف رواية التتمة (قوله ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله) قال في الذخيرة والمحيط أوجب محمد كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين أن يكون السن من

مضى الحول فقد انتهى وقت ظهور الاثر فالمضروب يدعي على الضارب ان السقوط من أثر فعله وهو منكر عليه وهو ينكره فكان القول قوله (قوله وسنبين الوجهين بعد هذا) أي وجه قوله لا شيء على الضارب ووجه حكومة الالم والموعود بعد هذا هو قوله سقط الارش عند أبي حنيفة رحمه الله لزوال الشين الموجب وقال أبو يوسف رحمه الله ارش الالم لان الشين وان زال فالالم الحاصل ما زال (قوله ولكنها اسودت يجب الارش) وفي الذخيرة ثم ان محمدا رحمه الله أوجب كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين ان يكون السن من الاضراس التي لا ترى أو من الاسنان التي ترى قالوا و يجب ان يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضراس التي لا ترى فان فات منفعة المضغ بالاسوداد يجب الارش كاملا وان لم يفت منفعة المضغ يجب فيه حكومة العدل لان منفعته قائمة وجماله ليس بظاهر فهو كثندوة الرجل فيجب فيه حكومة عدل وان كان من الاسنان التي ترى يجب كمال الارش وان لم تفت منفعته لانه فوت جمالا ظاهرا على الكمال (قوله لما ذكرنا وهو قوله لانه لا يمكنه ان يضر به ضربا يسود منه (قوله وكذا لو احمر أو اخضر) أي لا قصاص بل يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله وان اصفرت روى أبو يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله ان فيها حكومة عدل وذكر هشام في نوادره عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله انه قال في الحر لا يجب شيء وفي المملوك حكومة عدل وعند محمد رحمه الله فيهما حكم عدل وهو قول أبي يوسف رحمه لان الجمال على الكمال في بياض السن فبالصفرة انتقص معنى الجمال فيها ولهذا يجب في المملوك حكم عدل فكذا في الحر ولابي حنيفة رحمه الله ان الصفرة من ألوان السن فلا يكون دليل فوت السن بخلاف السواد فانه دليل فوته والمطلوب بالسن في

(قوله دون الجمال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل) أقول ضمير ففيه راجع الى الجمال (قوله وان كانت مما ترى فالامر بالعكس) أقول يخالف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة (قال المصنف وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه أرش الالم) أقول يدل على أن ذلك ظاهر الرواية عنه وقوله فيما سبق في موضعين وعن أبي يوسف يدل على أنه غير ظاهر الرواية (قوله و وجهه أن تحمل الالم من المنافع) أقول فيه تأمل (قال المصنف وقال محمد وعليه أجرة الطبيب) أقول وعليه ثمن الادوية لكنه غلب الاول على الثاني لاطراده دونه

لزمه الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله الا أن أبا حنيفة يقول ان المنافع على أصلنا لا تتقوم الا بعقد أو بشبهة ولم يوجد فى حق الجانى فلا يغرم شيأ قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه أرش الضرب) معناه اذا بقى أثر الضرب فاما اذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى فى الشجة الملتحمة قال (ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله خطا قبل البرء فعليه الدية وسقط عنه أرش اليد) لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف فى النفس كأنه قتله ابتداء قال (ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ) وقال الشافعى رحمه الله يقتص منه فى الحال اعتبارا بالقصاص فى النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى فى الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها فى الحال غير معلوم فلعلها تسرى الى النفس فيظهر أنه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال (وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية فى مال القاتل وكل أرش وجب بالصلح فهو فى مال القاتل) لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد

الاضراس التى لا ترى أو من العوارض التى ترى قالوا يجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضراس التى لا ترى ان فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الارش كاملا والا يجب حكومة العدل وان كان السن من العوارض التى ترى وتظهر يجب كمال الارش بالاسوداد وان لم تفت منفعته لانه فوت جمالا على الكمال انتهى وهذا ذكره الشراح هنا وعزاه أكثرهم الى الذخيرة فقط وأورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثانى من التفصيل انه مخالف لما ذكروه قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع فى العضو الذى يقصد منه المنفعة انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بان المنفعة فى الاسنان التى ترى ليست بمقصودة منها بالذات وان حصلت فيها أيضا فى الجملة وانما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للانسان وما ذكروا قبيل فصل الشجاج من كون الجمال تابعا انما هو فى الاعضاء التى يقصد منها المنفعة أصالة كاليد ونحوها فلا مخالفة (قوله لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث) قال صاحب الغاية فيه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبى وقد مر آنفا انتهى أقول هذا النظر فى غاية السقوط أما أولا فلان هذا الحديث كما روى موقوفا عن ابن عباس والشعبى روى أيضا مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه هنا صاحب الكافى حيث قال

الاحرار المنفعة وهى قائمة بعد ما اصفرت وفى المملوك المالية وقد تنقص المالية بالاصفرار كذا قرره فى المبسوط (قوله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله) لانه انما لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله فيرجع عليه (قوله الا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول ان المنافع على أصلنا لا تتقوم) هذا جواب عن قولهما وهو قوله فالالم الحاصل مازال فيجب تقويمه وقوله انما لزمه أجرة الطبيب بفعله وحاصل الجواب ان تحمل الالم من المنافع عند أبى حنيفة رحمه الله وكذلك معالجة الطبيب والمنافع انما تتقوم بالعقد كما فى عقد الاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة أو شبهته كما فى عقد الاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد أحدهما فى حق الجانى فلا يغرم شيأ ولا قيمة لمجرد الالم ألا ترى أنه لو ضربه ضربة تألم بها ولم تؤثر فيه لا يجب شئ أرأيت لو شتمه شتمة أكان عليه ارش باعتبار ايلام حل بقلبه (قوله ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش) معناه اذا بقى أثر الضرب وانما قيد بقوله فجرحه لانه اذا لم يجرح فى الابتداء لا يجب عليه شئ بالاتفاق كذا ذكره الامام الكاكى وقاضيخان (قوله ثم قتله) أى خطا (قوله لان الجناية من جنس واحد) من حيث انها خطا (قوله وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة) كقتل الاب ابنه عمدا (قوله الحديث) ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة وقوله ولا عبدا أى لا تعقل عاقلة الانسان ماجنى على عبد فيما دون النفس لان أطراف العبد يسلك بها مسلك الاموال والعاقلة لا تعقل الجنايات المالية حتى لو قتل عبد انسان خطا فالقيمة على العاقلة لانها بدل الدم ودم العبد لا يسلك بها مسلك الاموال وقد قيل ان المراد منه ان العبد اذا جنى جناية فالمولى هو الذى يلزمه الدفع أو الفداء دون عاقلة المولى

الجانى فلا يغرم شيأ وقوله (ومن ضرب رجلا الخ) يعنى اذا ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرئ منها وبقى أثر الضرب فعليه أرشه وان لم يجرحه فلا شئ عليه بالاتفاق وان لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى فى الشجة الملتحمة وهو سقوط الارش عند أبى حنيفة ووجوب أرش الالم عند أبى يوسف ووجوب أجرة الطبيب عند محمد وقوله (لان الجناية من جنس واحد) لكون كل واحد منهما خطأ وقد تقدم أقسام هذه المسئلة وقوله (ومن جرح رجلا جراحة) واضح وقوله (لانه مال وجب بالقتل ابتداء) يعنى لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح

(قوله وقد تقدم أقسام هذه المسئلة) أقول فى أول فصل ومن قطع يد رجل خطأ (قال المصنف لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث)

غير

غير أن الاول يجب فى ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثانى يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن فى البيع قال (واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية فى ماله فى ثلاث سنين) وقال الشافعى رحمه الله تجب حالة لان الاصل أن ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف فى الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه فى نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطا وشبه العمد وهذا لان القياس يابى تقوم الآدمى بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لاسيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا (وكل جناية اعترف بها الجانى

الاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرش الموضحة انتهى وكذا نص عليه المصنف فى كتاب المعاقل بهذا المنوال فكان من كلام النبى صلى الله عليه وسلم على ماروى مرفوعا اليه بلا ريب وهذا يكفى فى صحة عبارة المصنف هنا كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه على ماروى موقوفا أيضا يحمل على الرواية عن النبى عليه السلام لانه مما لا يعلم بالرأى بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابى عن الكذب والجزاف ويصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقرر فى علم الاصول ومر فى الكتاب مرارا فصح قول المصنف فى حق هذا الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والعجب من صاحب الغاية أنه قال وقد مر آنفا والذى مر منه آنفا يصير جوابا عن نظره هذا فانه قال هناك روى محمد بن الحسن فى موطئه وقال أخبرنا عبد الرحمن بن أبى الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضى الله عنهما قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فحمل على أنه رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم صيانة له عن الكذب والجزاف الى هنا لفظه وهذا صريح فى الجواب عن نظره ههنا كما لا يخفى (قوله غير أن الاول يجب فى ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد) أقول ان قيد ابتداء فى قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد لان المصنف قال فى أوائل كتاب الجنايات أثناء بيان أن من موجبات شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة فلو كان الاول ههنا مالا وجب بالقتل ابتداء لوجب على العاقلة على مقتضى الاصل المذكور وهناك مع أنه يجب على القاتل فى ماله كما صرح به آنفا فالوجه أن يترك قيد ابتداء ههنا فيقال لانه مال وجب بالقتل احترازا به عما وجب بالعقد كما فى القسم الثانى فانه يجب حالا ولقد أصاب فيما بعد حيث قال ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطا وشبه العمد (قوله واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية فى ماله فى ثلاث سنين) قال صاحب العناية كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعى اه أقول اعتذاره هذا ليس بسديد أما أولا فلان ذكر حكم هذه المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع فى مختصر

كذا فى الاوضح (قوله لانه مال وجب بالقتل ابتداء) أى لا بمعنى يحدث بعد القتل كالصلح على المال (قوله واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية فى ماله فى ثلاث سنين) فان قيل لما وجب المال يجب غسله لان وجوب المال يمنع الشهادة قيل وجب القصاص ههنا لانه عمد الا أنه تعذر استيفاؤه لشرف الابوة فوجب البدل كيلا يهدر الدم وللبدل حكم المبدل وقال القاضى الامام أبو زيد رحمه الله يجب القصاص على الصبى كما تجب عليه أروش الجنايات وضمان المتلفات الا أنه سقط لكونه مظنة للمرحمة (قوله لان القياس يابى تقوم الآدمى بالمال) لعدم التماثل لان الآدمى مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فلا يتماثلان (قوله لاسيما الى زيادة) المعجل زائد على المؤجل من حيث الوصف فى المالية ألا ترى ان فى العرف يشترى الشئ بالنسيئة باكثر مما يشترى بالنقد فايجاب الحال بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع معنى كذا فى المبسوط (قوله ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا) أى لم تجز الزيادة على عشرة آلاف درهم لا يجوز وصفا لان الوصف تبع القدر

وقوله (واذا قتل الاب ابنه عمدا) كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعى وقوله (لاسيما الى زيادة) يعنى المعجل

أقول وفى الكفاية ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرش الموضحة قوله ولا عبدا أى لا تعقل عاقلة الانسان ماجنى على عبد فيما دون النفس لان الاطراف فى العبد يسلك بها مسلك الاموال والعاقلة لا تعقل الجنايات المالية حتى لو قتل عبد انسان خطأ فالقيمة على العاقلة لانها بدل الدم ودم العبد لا يسلك به مسلك الاموال وقد قيل ان المراد أن العبد اذا جنى جناية فالمولى هو الذى يلزمه الدفع أو الفداء دون عاقلة المولى كذا فى الاوضح انتهى وورد فى القاموس ذلك وقال لو أريد هذا المعنى لقيل وعن عبد فانه فرق بين عقلته وعقلت عنه انتهى وسيجىء جوابه على التفصيل (قوله كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعى) أقول وجوبه فى

فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف فى المالية وهو معروف فايجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا لانه تابع للقدر وقوله (لما روينا) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا وقوله (عمده) أى عمد كل واحد منهم وقوله (ولهذا تجب الكفارة به) أى بالمال وانما قيد به لانهم أجمعوا على أن التكفير بالصوم لا يجب عليهما وقوله (ويحرم عن الميراث على أصله) أى ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعى

(لانهما يتعلقان بالقتل) فعلم بهذا أنهما مطالبان بموجب القتل فكذلك ههنا لما تخلف عنهما أحد حكمى القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية فى ماله اذ الاصل ذلك

(فصل فى الجنين) عقب أحكام الاجزاء الحقيقية أحكام الجزء الحكمى وهو الجنين لكونه فى حكم الجزء من الام (واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية) غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب وسمى بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشئ أوله وغرة الجنين أول مقدار ظهر فى باب الدية قال المصنف (معناه) أى معنى قوله نصف عشر الدية (دية الرجل وهذا فى الذكر وفى الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) لان نصف العشر من عشرة آلاف هو العشر من خمسة آلاف والقياس وهو قول زفر أن لا يجب شئ لانه لم تعلم حياته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا فى محل هو حى فلا يجب الضمان بالشك فان ... وهذا

فهى فى ماله ولا يصدق على عاقلته) لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر فى حق العاقلة قال (وعمد الصبى والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون) وقال الشافعى رحمه الله عمده عمد حتى تجب الدية فى ماله حالة لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب فى ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على أصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ماروى عن على رضى الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبى مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبى وهو أعذر أولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبى قاصر العقل فأنى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

(فصل فى الجنين) قال (واذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة وهى نصف عشر الدية) قال رضى الله عنه معناه دية الرجل

القدورى والبداية أيضا بدون بيان خلاف الشافعى أصلا فكيف يصلح بيان المصنف فى شرحه خلاف الشافعى لان يكون عذرا من ذكره حكم هذه المسئلة فى متنه قبل مدة ومن ذكر القدورى اياه فى مختصره قبل سنين متكاثرة وهل يتفوه العاقل بمثل ذلك الاعتذار وأما ثانيا فلان خلاف الشافعى ليس بمنحصر فى حكم هذه المسئلة المنفردة بالذكر بل خلافه متحقق فى حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق فانه لا يقول بالتاجيل فى العمد أصلا بل يخصصه بالخطا كما يفصح عنه تعليله المذكور فى الكتاب وتلك الضابطة الكلية انما هى فى العمد وحكمها التاجيل مطلقا كما صرح به المصنف بقوله غير أن الاول يجب فى ثلاث سنين فقصد بيان خلاف الشافعى لا يقتضى افراد حكم هاتيك المسئلة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة الكلية فلا مشية للاعتذار المذكور أصلا

(فصل) الجناية (فى الجنين) لما ذكر أحكام الجناية المتعلقة بالآدمى من كل وجه شرع فى بيان أحكامها المتعلقة بالآدمى من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الائمة السرخسى فى أصوله أن الجنين مادام مجتنا فى البطن ليس له ذمة صالحة لكونه فى حكم جزء من الآدمى لكنه منفرد بالحياة معد لان يكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو ارث أو نسب أو وصية وباعتبار

(قوله لما روينا) وهو قوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا (قوله وقال الشافعى رحمه الله عمده عمد) أى عمد كل واحد منهم (قوله ولهذا تجب الكفارة به) أى بهذا القتل وقيل أى بالمال وانما قيد به لانهم أجمعوا ان التكفير بالصوم لا يجب (قوله على أصله) أى ثبت الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعى رحمه الله لانهما يتعلقان بالقتل والله أعلم

(فصل فى الجنين) (قوله ففيه غرة وهى نصف عشر الدية) غرة المال خياره كالفرس والبعير والبخت

ثلاث سنين لم يعلم منها (قوله فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف فى المالية) أقول قوله فى المالية متعلق بقوله زائد *(فصل فى الجنين)* (قوله غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب) أقول والعبد والامة الفارهة (قوله وقيل لان غرة الشئ أوله) أقول أول الشئ الذى يجب فى الآدمى الغرة وبعدها الدية لانه قبل ايجاب الغرة لحم ودم فلا يجب شئ (قال المصنف قال معناه دية الرجل أى معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل

قبل الظاهر أنه حى أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب فى جنين البهيمة الا نقصان البهيمة ان تمكن (وجه الاستحسان ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة ويروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالاثر) روى الامام المحبوبى أن زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد أو أمة فقال السائل ولم والحال لا يخلو من أنه مات بضربة أو لم تنفخ فيه الروح فان مات بضربة تجب دية كاملة وان لم تنفخ فيه الروح لا يجب شئ فسكت زفر فقال له السائل أعتقتك سائبة فجاء زفر الى أبى يوسف فسأله عنه فاجابه أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر فحاجه بمثل ما حاجه السائل فقال التعبد التعبد أى ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان وقال فى الذخيرة قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفا

ويحتمل أنه رجع من أحدهما الى الآخر والحديث المروى دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قيل وانما بين الشارع القيمة اشارة الى أن الحيوان لا يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا الا من حيث اعتبار صفة المالية

وهذا فى الذكر وفى الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس أن لا يجب شئ لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ماروى أن النبى عليه السلام قال فى الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة ويروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك

الوجه الاول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه فاما بعد ما يولد فله ذمة صالحة ولهذا لو انقلب على مال انسان فاتلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولى (قوله وهذا فى الذكر وفى الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) أقول فى هذا التفصيل الذى ذكره بقوله وهذا فى الذكر وفى الانثى عشر دية المرأة استدراك بعد أن قال قبله معناه دية الرجل لان عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل فى المقدار بلا ريب اذ قد تقرر فيما مر أن دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر ديته لا محالة وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فما فائدة هذا التفصيل الفارق بين الذكر والانثى فى مجرد العبارة وانما كان يظهر فائدته أن لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع فى كلام القدورى بقوله معناه دية الرجل فانه كان يحتمل حينئذ نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور وعن هذا فصل صاحب الكافى كما فصله المصنف ولم يتعرض قبله لتقييد عشر الدية بعشر دية الرجل (قوله والقياس أن لا يجب شئ لانه لم يتيقن بحياته) قال فى العناية وكثير من الشروح تتميما لما فى الكتاب وفعل القتل لا يتصور الا فى محل هو حى فلا يجب الضمان بالشك اه أقول يرد على هذا البيان أنه انما يتم أن لو ثبت كون الغرة جزاء فعل القتل وهو ممنوع لجواز أن يكون جزاء اتلاف عضو من الآدمى صالح للحياة كما يجب فى اتلاف سائر أعضائه شئ من الدية على ما مر تفصيله والاظهر فى البيان هنا ما ذكر فى غاية البيان ثانيا بقوله ولان الجنين فى حكم الاعضاء بدلالة أنه لا يكمل أرشه والاعضاء لو انفصلت بعد الموت لا تتقوم انتهى تدبر (قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل فان قيل الظاهر أنه حى أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب فى جنين البهيمة الا النقصان ان تمكن اه ورد بعض الفضلاء قوله أو معد للحياة فى تقرير السؤال حيث قال كونه معدا للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر انتهى أقول ليس بسديد فان تيقن كونه معدا للحياة ممنوع لجواز أن يفسد الماء فى الرحم فحينئذ ينتفى استعداده للحياة ولقد أشار اليه فى النهاية حيث قال نقلا عن المبسوط ثم الماء فى الرحم مالم يفسد فهو معد للحياة فيجعل كالحى فى ايجاب ذلك الضمان باتلافه كما يجعل بيض الصيد فى حق المحرم كالصيد فى ايجاب الجزاء

والعبد والامة الفارهة كذا فى المغرب وفى مبسوط شيخ الاسلام سمى بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لانه أول مقدار ظهر فى باب الدية وغرة الشئ أوله كما سمى أول الشهر غرة وسمى وجه الانسان

وهذا فى الذكر وفى الانثى عشر دية المرأة) أقول فيه بحث فان نصف عشر دية الرجل يشمل الذكر والانثى نعم يفرق بينهما فى جنين الامة كما لا يخفى ويعلم جوابه من شرح الكنز للعلامة الزيلعى حيث قال ولهذا وجب فى جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة وجوابه أنا لا نسلم أن الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين أن لو كان حيا فيجب نصف عشر ديته ان كان ذكرا وعشر ديته ان كان أنثى فكذا فى جنين الامة يجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان هدرا من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان أنثى اه (قوله الا فى محل هو حى) أقول أى هو حى يقينا (قوله قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ) أقول كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الاعداد كما فى العلقة ولذا لم تعتبر الاعداد فى قصة زفر ومرادنا ضمان القتل والوجوب على المحرم فى كسر بيض الصيد عرف بالاثر على خلاف القياس (قوله فقال له السائل أعتقتك سائبة) أقول كانوا فى الجاهلية اذا أعتقوا على أن لا ولاء للمعتق قالوا أعتقته سائبة أو هو من سيب الماء أى جريه وسيب الدابة اهمالها (قوله وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان) أقول أى الوجه الثابت بالاستحسان (قوله وقال فى الذخيرة قوله وجه القياس) أقول أى الوجه الثابت بالقياس

وقوله (اذا كان خمسمائة درهم) قيل قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب فى جنين الامة هو فى مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما سيجىء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان فى الاصل اذ كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة وقوله (فى (٣٣٤) ماله) أى فى مال الضارب (لانه بدل الجزء) أى جزء الآدمى فصار كقطع أصبع من أصابعه وقوله (دوه) أى أدوا ديته أمر لمخاطب من الودى وهذا الحديث حديث حمل ابن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جارتين لى فضربت احداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال أخوها أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثله دمه بطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان وفى رواية دعنى وأراجيز العرب قوموا فدوه الحديث ففيه التنصيص على ايجاب الدية على العاقلة وقوله (الا أن العواقل) جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قيدتم بقولكم اذا كانت خمسمائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من النظر

والشافعى (وهى على العاقلة) عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك فى ماله لانه بدل الجزء ولنا أنه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا أندى من لا صاح ولا استهل الحديث الا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة (وتجب فى سنة) وقال الشافعى رحمه الله فى ثلاث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه السلام جعله على العاقلة فى سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه

عليه بكسره انتهى تبصر (قوله وهى على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم) اعلم أن الناظرين فى هذا المقام تحيروا فى توجيه هذا القيد أعنى قوله اذا كانت خمسمائة درهم فقال صاحب النهاية قيد بهذا احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهم كذا وجدت بخط شيخى لكن هذا لا يتضح لى لان ما وجب فى جنين الامة هو فى مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجىء الى هنا كلامه وسائر الشراح أيضا ذكروا التوجيه الذى نقله صاحب النهاية عن خط شيخه وردوه بما رده به صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وقوله اذا كانت خمسمائة كانه سهو القلم وينبغى أن يكون اذ بسكون الذال بلا ألف بعدها يعنى أنها انما تجب على العاقلة لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل مادونها انتهى وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له برد بعد أن نقل التوجيه الاول مع رده حيث قال قيل قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب فى جنين الامة هو فى مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجىء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان فى الاصل اذ كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة انتهى فكانه ارتضى التوجيه الثانى أقول التوجيه الثانى أيضا مردود عندى اذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم فانه ينتقض بما يجب فى جنين الامة اذا بلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب كما دونه لا على العاقلة كما صرحوا به آنفا حيث قالوا ان ما وجب فى جنين الامة فهو فى مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه الى خمسمائة درهم وينتقض بكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة ووجب دية بالغة الى خمسمائة درهم أيضا فيما فوقها فان مثل ذلك كله فى مال القاتل كما مر فى الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه أيضا ثم أقول هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو أن يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الامة مطلقا بأن يكون معناه اذا كانت خمسمائة درهم على البتات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا انما يكون فى جنين الحرة فان الواجب فى جنين الامة نصف عشر قيمته لو كان حيا ان كان ذكرا وعشر قيمته حيا ان كان أنثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلا عن أن تبلغ خمسمائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى (قوله وقال مالك فى ماله لانه بدل الجزء) أقول فى تعليله نظر لان مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضى كونه فى مال الجانى بل لا بد من أن يكون البدل أقل من خمسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم وقد مر قبيل هذا الفصل ان عمد الصبى والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا ويمكن أن يقال ان مذهب مالك أن لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما اذا كان أقل من ثلث الدية كما صرحوا به وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف على المختلف تامل تقف (قوله ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه) أقول فى الاستدلال على أنه بدل النفس بتسمية النبى عليه السلام دية بحث فانه عليه السلام سمى كثيرا من بدل الاعضاء والاجزاء دية ألا ترى الى ما مر فى فصل فيما دون النفس أن سعيد بن المسيب رضى الله عنه روى أن النبى عليه السلام قال فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى المارن الدية وهكذا كتب لعمرو بن حزم رضى الله عنه وكتب له أيضا وفى العينين الدية وفى احداهما نصف الدية الى غير ذلك فليتامل فى الدفع (قوله الا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة) قال صاحب الغاية قول المصنف هذا يتعلق بقوله وهى على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة وكانه يقول اذا كانت الغرة أقل من خمسمائة درهم لا تعقله العاقلة ولنا فيه نظر لان فى جنين الامة لا وجوب على العاقلة أصلا لان الواجب فى جنين الامة على الضارب مطلقا انتهى أقول نظره ساقط لان قول المصنف الا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة انما يدل على أنها تعقل خمسمائة فصاعدا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا أيضا فى الروايات فمفهوم قوله المذكور أنها تعقل خمسمائة فصاعدا فى الجملة لا أنها تعقلها فى كل مادة حتى يرد النقض بالواجب فى جنين الامة اذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب العناية قول المصنف الا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قيدتم بقولكم اذا كانت خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى أقول الظاهر أن مراده بما يرد عليه من النظر ما ذكره فيما مر بقوله ورد بان ما يجب فى جنين الامة هو فى مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة الا أنك علمت سقوطه أيضا بما بيناه فى سقوط نظر صاحب غاية البيان آنفا ثم أقول فى تقرير مراد المصنف هنا خلل اذ لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب أما الاول فلان مدلول الحديث المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة وديته تبلغ خمسمائة درهم بالاجماع فمن أين يدل الحديث على أن الدية لو كانت قليلة بحيث لم تبلغ خمسمائة درهم تكون أيضا على العاقلة حتى يتوجه أن يقال انه ينافى تقييدكم بقولكم اذا كانت خمسمائة درهم وأما الثانى فلان الحديث المذكور لو دل على أن الدية سواء كانت أقل من خمسمائة أو أكثر منها على العاقلة لما صلح مجرد قول المصنف الا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة لان يكون معمولا به فى مقابلة ذلك الحديث دون بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح للجواب عما ذكره كما قرره (قوله ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول فى حق التوريث وبالثانى فى حق التاجيل الى سنة) أقول لقائل أن يقول لم لم يعكس الامر أى لم يعمل فى حق التاجيل بالشبه الاول وفى حق التوريث بالشبه الثانى وما لم يبين وجه ذلك لا يتم المطلوب ههنا والاظهر فى تقرير التعليل ههنا ما ذكر فى الكافى أخذا من المبسوط حيث قال ولانه ان

غرة لان أول شىء يظهر منه الوجه (قوله وهى على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم) قيل معناه لما كانت خمسمائة درهم وقيل هذا احتراز عن جنين الامة اذا كانت لا تبلغ خمسمائة درهم لكن هذا القيد انما يفيد اذا وجب غرة جنين الامة على العاقلة عند بلوغها خمسمائة درهم وما يجب فى جنين الامة هو من مال الضارب مطلقا كذا فى الايضاح والذخيرة فلا يفيد القيد حينئذ هذه الفائدة (قوله لانه بدل الجزء) أى جزء الام ولهذا لا يصلى عليه ولا يسمى ولا يرث (قوله ولهذا سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم دية حيث قال دوه) أى أدوا ديته سمى الواجب فى بدله دية وهو اسم لبدل النفس فان امرأة ضربت بطن صاحبتها بعمود فسطاط فالقت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقالوا أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل فقال عليه السلام سجع كسجع الكهان قوموا فدوه (قوله الاان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة) يعنى انه عليه السلام لما سماها دية وهى بدل النفس كان ينبغى ان تتحملها العاقلة وان كان دون خمسمائة لان بدل النفس يتحمله العاقلة أقل أو أكثر الا ان الغرة بدل

(قوله قيل قيد به احترازا عن جنين الامة) أقول ولعل الاولى أن يقال احترازا عنه فان ما يجب فيه ليس مقدرا بخمسمائة ومعنى قوله اذا كانت خمسمائة اذا كانت مقدرة بها شرعا (قوله اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة) أقول قوله لا تبلغ خمسمائة يعنى بأن لا يكون من مولاها ولا من المغرور فتأمل (قوله من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة) أقول المضاف مقدر أى بعد البلوغ ثم أقول عدم بلوغ ما يجب فى الجنين الى خمسمائة من الامور المقررة الظاهرة اذ لم تكن من المولى ولا من المغرور فلا حاجة الى التقييد (قوله وكان فى الاصل اذ كان خمسمائة) أقول قوله اذ بسكون الذال بلا ألف (قوله لكونها على العاقلة) أقول مقتضى هذا التعليل أن يجب ضمان جنين الامة على العاقلة اذا بلغت قيمته دية الرجل فالمخلص ما ذكرنا من ملاحظة التقدير شرعا (قال المصنف حيث قال دوه) أقول يجوز أن يقول تعليلا لقوله قضى الخ أو لقوله سماه دية والثانى أقرب ويستفاد تعليل الاول منه أيضا (قوله أو بمسطح خيمة) أقول أى عود من عيدان الخباء

(قوله فقال أخوها أندى من لا صاح ولا استهل) أقول يعنى أنودى دية من لم يصح ولم يستهل يعنى لم يرفع صوته عند الولادة

قوله (لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أ كثر من نصف العشر) هو الصحيح من النسخ وفى بعضها أو أكثر وفى بعضها وأ كثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الاقل من ثلث الدية أ كثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان أ كثر صفة لاقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك (٢٣٦) أيضا وفى بعض الشروح أن تقييده بالا كثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر

كان الحكم كذلك وقوله (بخلاف أجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب فى ثلاث سنين) صورته أن يشترك عشرون رجلا فى قتل رجل خطأ فانه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية فى ثلاث سنين على ما يجىء فى المعاقل وقوله (ويستوى فيه) أى فى وجوب قدر الغرة بانه عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم لاطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم فى الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم وقوله (ولان فى الجنين) دليل معقول على التساوى بين الذكر والانثى فى الولدين المنفصلين فى الدية لتفاوت معانى الآدمية فى المالكية فان الذكر مالك مالا ونكاحا والانثى مالكة مالا مملوكة نكاحا فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية وهو معدوم فى الجنين فيتقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة وقوله (وان ألقته حيا ثم مات) أول الاقسام الاربعة العقلية الحاصلة من موت أحدهما بعد الضرب وهى أن خروج الجنين من الام اما أن يكون فى حال حياتهما أو فى حال مماتهما أو فى حال حياة الام ومماة الجنين أو على العكس والاقسام مع أحكامها مذكورة فى الكتاب

الاول فى حق التوريث وبالثانى فى حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أ كثر من نصف العشر يجب فى سنة بخلاف أجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب فى ثلاث سنين (ويستوى فيه الذكر والانثى) لاطلاق ما روينا ولان فى الحيين انما ظهر التفاوت لتفاوت معانى الآدمية ولا تفاوت فى الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة (فان ألقته حيا ثم مات ففيه دية كاملة) لانه أتلف حيا بالضرب السابق (وان ألقته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها) وقد صح أنه عليه السلام قضى فى هذا بالدية والغرة (وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية فى الام ودية فى الجنين) لانه قاتل شخصين (وان ماتت ثم ألقته ميتا فعليه دية فى الام ولا شئ فى الجنين) وقال الشافعى تجب الغرة فى الجنين لان الظاهر موته

كان بدل النفس من حيث انه نفس مودعة فى الام حتى ينفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال تعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فلا يثبت من التاجيل الا القدر المتيقن انتهى تدبر تفهم (قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أ كثر من نصف العشر يجب فى سنة) قال صاحب النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله أ كثر بدون الواو بدل من أقل أى اذا كان ذلك الاقل أ كثر من نصف العشر وفى بعض النسخ أو أ كثر وفى بعضها وأ كثر وكلاهما غير صحيح لانه لا يبقى بدلا حينئذ انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب العناية قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أ كثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفى بعضها أو أ كثر وفى بعضها وأ كثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الاقل من ثلث الدية أ كثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان الا كثر صفة لاقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك الى هنا لفظه أقول فيه شئ وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وبين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر الصحة على الاول تدافعا لا يخفى اللهم الا أن يكون مراده قصر الصحة على الاول من الرواية لا من حيث سداد المعنى فحينئذ يندفع التدافع وقال صاحب الغاية وقوله أ كثر بدون الواو العاطفة فى أوله على أنه صفة لقوله أقل أى اذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية وكان ذلك الاقل أ كثر من نصف

الجزء من وجه فلهذا لم يتحمله العاقلة اذا لم يبلغ خمسمائة (قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أو أ كثر من نصف العشر) أ كثر بالنصب على البدل من أقل هو الصحيح لكن التقريب انما يتاتى أن لو كان نصف العشر واجبا فى سنة لان الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له الا أنه لما كان أ كثر من نصف العشر مؤجلا سنة فاولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها (قوله بخلاف أجزاء الدية) لان كل جزء منها على من وجب يجب فى ثلاث سنين كما لو اشترك عشرون رجلا فى قتل رجل خطأ يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية فى ثلاث سنين (قوله لتفاوت معانى الآدمية) أى المالكية وفى الايضاح أن تفضيل بدل الذكر على بدل الانثى باعتبار تفاضل ما بينهما فى المالكية فان الذكر مالك مالا ونكاحا والانثى مالكة مالا مملوكة نكاحا فكان التفاوت بينهما فيما هو من خصائص الآدمية وهذا المعنى مؤثر فى التفاوت فى البدل وهذا المعنى معدوم فى الجنين لانه لا مالكية فى الجنين فاذا لم يتفاوتا استويا فى البدل وانما يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشو والانثى فى معنى النشو تساوى الذكر وربما تكون الانثى أسرع نشوا كما بعد الانفصال

(قوله وفى بعض الشروح أن تقييده بالا كثر ليس بمفيد الخ) أقول يعنى غاية البيان وأجاب فى الكفاية بانه لما كان أ كثر من نصف العشر مؤجلا الى سنة فاولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها (قوله صورته أن يشترك عشرون رجلا فى قتل رجل خطأ) أقول فيه أن الاولى أن يقول مثلا اذا اشترك الخ

وقوله (فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا ألقت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال انه لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر فى هذا الفصل وأجيب بان الغرة فى تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه فى معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهى احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لا قياسا ولا دلالة فبقى على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان قال (وما يجب فى الجنين موروث عنه) كلامه واضح وقوله (وفى جنين (٢٣٧) الامة الخ) يعنى جنين الامة اذا كان ذكرا ولم يكن الحمل من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى وطريق ذلك أن يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك ان كان ذكرا وعشره ان كان أنثى وانما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لانه لو كان منهما لزمت الغرة لكونه حرا فلو ضاع الجنين ووقع النزاع فى القيمة فالقول للضارب لانكاره الزيادة وان تعذر الوقوف على ذكورته وأنوثته نأخذ بالمتيقن

قال المصنف فلا يجب الضمان بالشك) أقول وفيه أن التسبيب للموت يوجب الضمان أيضا فينبغى أن يجب وجوابه أن ايجاب الغرة ثبت بالحديث على خلاف القياس فان حياته مشكوكة وهذا ليس فى معناه حتى يلحق به لكثرة الاحتمالات هنا دونه هكذا قيل ولك أن تقول قوله

بالضرب فصار كما اذا ألقته ميتا وهى حية ولنا أن موت الام أحد سببى موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال (وما يجب فى الجنين موروث عنه) لانه بدل نفسه فيرثه ورثته (ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها) لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال (وفى جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى) وقال الشافعى فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل

عشر الدية يجب فى سنة واحدة ولكن لنا فى التقييد بالا كثر نظر لانه اذا لم يكن أ كثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية الى ثلثها يجب فى سنة انتهى ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال وفى بعض الشروح أن تقييده بالا كثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكأنه ارتضاه وأشار صاحب الكفاية الى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الاولى لكن التقريب انما يتاتى أن لو كان نصف العشر واجبا فى سنة لان الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له لانه لما كان أ كثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فاولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها انتهى أقول فيه نظر اذ لا نسلم أنه اذا كان ما هو أ كثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فاولى أن يكون نصف العشر أيضا مؤجلا بالسنة لجواز أن يكون نصف العشر غير مؤجل أصلا كاقل من نصف العشر أو يكون مؤجلا باقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن موت الام أحد سببى موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا ألقت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت بالضرب واحتمال أنه لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر فى هذا الفصل وأجيب بان الغرة فى تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه فى معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهى احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك قياسا ولا دلالة فبقى على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان كذا فى العناية أخذا من النهاية وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب

فلهذا جوزنا تفضيل الانثى على الذكر لو تصور (قوله وفى جنين الامة) أى الذى لا تحمله من مولاها ولا من المغرور لان الحمل من أحدهما حر فتجب الغرة ذكرا كان أو أنثى (قوله اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا أو عشر قيمته لو كان أنثى) بيان هذا أنه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيأته لو كان حيا فينظر كم قيمته بهذا المكان فاذا ظهر قيمة الكل بعد هذا ان كان ذكرا فوجب نصف عشر قيمته وان كان أنثى يجب عشر قيمته ولو ضاع الجنين ولم يمكن تقويمه باعتبار لونه وهيأته على تقدير أنه حى ووقع التنازع فى قيمته بين الضارب وبين مولى الامة المضروبة كان القول قول الضارب لانكاره الزيادة كمن قتل عبدا خطأ ولم يشاهده القاضى قبل قتله حتى عجز عن تقويمه باعتبار حاله وهيأته لو كان حيا ووقعت المنازعة بين صاحب القتيل والقاتل يجعل القول قول القاتل مع اليمين كذا هنا فان قيل ربما لا يمكن الوقوف على ذكورة الجنين

عليه الصلاة والسلام فى الجنين غرة عام فلا بد للتخصيص من دليل فليتامل هل يمكن التخصيص بالمباشرة بان يقال المراد فى قتل الجنين على حذف المضاف والقتل انما يستند حقيقة الى المباشرة (قوله وأجيب بان الغرة فى تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرناه الخ) أقول لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام فى الجنين غرة يشمله فلا حاجة الى الالحاق (قال المصنف وفى جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته) أقول قال الكاكى أى اذا كانت حاملا من زوج لا من مولاها ليكون الولد رقيقا ولا من مغرور لانه لو كان الحمل من مولاها أو من المغرور تجب الغرة ذكرا كان أو أنثى انتهى فلو قال المصنف فى الجنين المملوك لكان أولى لعدم الاحتياج الى هذا التقييد

قوله (لان ضمان الطرف لايجب الاعند ظهور النقصان) يعنى فى الاصل ألا ترى أنه اذا قلع السن فنبتت مكانه أخرى لم يجب شئ وههنا بدل الجنين واجب وان لم يظهر فى الام نقصان فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية (فيقدر بها) أى بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام قوله (وقال أبو يوسف) هذا غير ظاهر الرواية عن أبى يوسف قال فى المبسوط ثم وجوب البدل فى جنين الامة قول أبى حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبى يوسف وعنه فى رواية أنه لايجب الا نقصان الام ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لايجب شئ كما فى جنين البهيمة

ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لايجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به فى ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال أبو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان فى قتل الرقيق ضمان مال عنده على مانذكران شاء الله تعالى فصح الاعتبار على أصله قال (فان ضربت فاعتق المولى مافى بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق) لانه قتله بالضرب السابق وقد كان فى حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا اياه وهو حى فنظرنا الى حالتى السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته مابين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على مايأتيك بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا كفارة فى الجنين) وعند الشافعى تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت فى النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا أن يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا

حيث قال لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه السلام فى الجنين غرة يشمله فلا حاجة الى الالحاق انتهى أقول هذا أمر عجيب من مثله فان مضمون ايراده مع جوابه مذكور فى شرح تاج الشريعة فان كان جوابه المذكور هناك مقبولا عند هذا القائل فما معنى ذكر السؤال وترك الجواب وان لم يكن ذلك الجواب مقبولا عنده كان عليه بيان فساده فكأنه لم ينظر الى مافى شرح تاج الشريعة ههنا ولم يظفر بجواب ايراده أصلا والذى ذكر فى شرح تاج الشريعة ههنا هكذا فان قلت عموم قوله عليه السلام فى الجنين غرة عبد أو أمة يتناول المتنازع فيه قلت لابد من اضمار فيصير كأنه قال فى اتلاف الجنين غرة والشك واقع فى ذلك انتهى تأمل فى تفصيل جوابه لعله سمت صالح (قوله ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لايجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به فى ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها) أقول لقائل أن يقول ان أراد أنه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليله يكون ماذكره ههنا مناقضا لما قاله فيما قبل من أنه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام وان أراد أنه بدل نفسه من وجه لايكون هذا دليلا على مدعانا

وأنوثته فماذا يجب قلنا نأخذ بالمتيقن كمن قتل عبدا خطأ والمقتول خنثى مشكل فانه يجب المتيقن كذا ههنا كذا فى الذخيرة (قوله لان ضمان الطرف لايجب الا عند ظهور النقصان) حتى أنه لو لم يظهر فيه النقصان لايجب كما لو قلع سنا فنبتت مكانه آخر لم يجب شئ وههنا يجب بدل الجنين وان لم يكن فى الام نقصان دل أن وجوبه باعتبار معنى (قوله ولا معتبر به) أى بظهور النقصان فى ضمان الجنين بدليل أنه يجب ضمان الجنين وان لم يظهر فى الام نقصان (قوله وقال أبو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام) وفى المبسوط ثم وجوب البدل فى جنين الامة قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو الظاهر من قول أبى يوسف رحمه الله وعنه فى رواية أنه لايجب الا ضمان نقصان الام ان تمكن فيه نقص فان لم يتمكن لايجب شئ كما فى جنين البهيمة لان الضمان فى قتل الرقيق عنده ضمان مال حتى تجب قيمته بالغة مابلغت (قوله فنظرنا الى حالتى السبب والتلف) يعنى أوجبنا القيمة دون الدية اعتبارا بحالة الضرب وأوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا فى حياته اعتبارا بحالة التلف ولا يقال أن هذا اعتبار بحالة الضرب فقط لان الواجب فى تلك الحالة قيمته حيا أيضا لانا نقول جاز أن لايكون حيا فلا تجب قيمته حيا هنالك بل تجب الغرة (قوله ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة) لانها

وقوله (فنظرنا الى حالتى السبب والتلف) يعنى أوجبنا القيمة اعتبارا بحالة الضرب وأوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا فى حياته اعتبارا بحالة التلف لايقال هذا اعتبار بحالة الضرب فقط اذ الواجب فى تلك الحالة أيضا قيمته حيا لجواز أن لايكون حيا فلا تجب قيمته حيا هنالك بل تجب الغرة وقوله (مابين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب) يعنى تفاوت مابينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروبا ثمانمائة يجب على الضارب مائتا درهم وقوله (على مانذكر بيانه بعد هذا) يعنى فى جناية المملوك والجناية عليه فى مسئلة من قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك وقوله (وقد عرفت فى النفوس المطلقة) أى الكاملة بالنص فلا يتعداها الى غير المطلقة وهو الجنين لان القياس لايجرى فى العقوبات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة ألا ترى أنه لايجب كل البدل والباقى ظاهر لايحتاج الى شرح

تقرب

(قوله لجواز أن لايكون حيا فلا تجب قيمته حيا هنالك بل تجب الغرة) أقول فيه أن الدفع أسهل من الرفع فيبعد أن لايكون حيا وقت الضرب ثم لايكون الضرب مانعا من حدوث الحياة ويكون بعد حدوثه رافعا له فليتامل (قال المصنف ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا) أقول منقوض بالمضغة الا أن يراد التميز التام الكامل

(باب مايحدث الرجل فى الطريق) لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسبيبا والاول أولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفا الخ) الكنيف

المستراح والميزاب معروف والجرصن قيل هو البرج وقال فخر الاسلام جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبنى عليه والعرض بالضم الناحية قيل المراد به ههنا أبعد الناس منزلة أى أضعفهم وأرذلهم وجملة الكلام فى هذه المسئلة فى ثلاثة أشياء فى اباحة العمل وفى الخصومة وفى ضمان مايتلف به والمبدوء به فى الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع الا على قول محمد فان فيه خلافا بين العلماء قال أبو حنيفة لكل أحد من عرض الناس مسلما كان أو ذميا أن يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا أراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره فلكل أحد أن ينكر عليه وبه قال أبو يوسف وقال محمد ليس لاحد حق المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه مأذون فى احداثه شرعا فهو كما لو أذن له الامام وأما الخصومة فى الرفع فالمذكور فى الكتاب قول أبى حنيفة وقالا ليس لاحد ذلك أما على قول محمد فظاهر لانه جعله كالمأذون من الامام فلا يرفعه أحد وأما أبو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل أحد يد فيه فالذى يحدث يريد أن يجعلها فى يده نفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار فى يده فالذى يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت وأما وجه قول أبى حنيفة

تقرب الى الله تعالى كان أفضل له و يستغفر مما صنع (والجنين الذى قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام فى جميع هذه الاحكام) لاطلاق ماروينا ولانه ولد فى حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا فى حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا والله أعلم

(باب مايحدث الرجل فى الطريق)

قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو بنى دكانا فلرجل من عرض الناس أن

دافعا لما قاله الشافعى من أنه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل فليتامل

(باب مايحدث الرجل فى الطريق)*

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع فى بيان أحكامه تسبيبا وقدم الاول لكونه أصلا لانه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر وقوعا فكانت أمس حاجة الى معرفة أحكامه

شرعت زاجرة والزجر انما يكون بشئ فيه عقوبة حتى أنها تتادى بالمال والمال شقيق الروح فكان ازالة المال منه بمنزلة ازالة الروح ومن وجه عبادة لتاديته بالصوم (قوله فكذا فى حق هذا الحكم) وهو وجوب الغرة والمرأة اذا ضربت بطن نفسها أو شربت دواء لتطرح الولد متعمدة أو عالجت فرجها حتى اسقطت الولد ضمن عاقلتها الغرة ان فعلت بغير اذن الزوج وان فعلت باذنه لايجب شئ كذا فى الصغرى والله أعلم

(باب مايحدثه الرجل فى الطريق)

(قوله ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفا أو ميزابا أو جرصنا) الكنيف المستراح الجرصن دخيل أى ليس بعربى أصلى قد اختلف فيه فقيل البرج وقيل مجرى ماء تركب فى الحائط وعن الامام البزدوى رحمه الله جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبنى عليه كذا فى المغرب وفيه العرض بالضم الجانب وفلان من عرض العشيرة أى من شقها لا من صميمها ومراد الفقهاء بعد العصبات وقيل المراد بالعرض ههنا أبعد الناس فى المنزلة أى أضعفهم وأرذلهم وذكر الامام المحبوبى فى الجامع الصغير الجرصن البرج الذى يكون فى الحائط ثم قال الكلام فى المسئلة فى ثلاثة مواضع أحدها أنه هل يحل احداث هذا فى الطريق أم لا والثانى فى الخصومة فى الدفع والثالث فى ضمان مايتلف بهذه الاشياء أما فى الاحداث قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى شرح هذا الكتاب فان كان الاحداث يضر باهل الطريق ويحول بينهم وبين المرور فى الطريق فليس له أن يحدث ذلك وان كان لايضر باحد لسعة الطريق جاز له احداثه مالم يمنع منه لان الطريق معد للتطرق وهو حق العامة وفى احداث شئ فيما هو حق العامة يعتبر الضرر عملا بقوله عليه السلام لاضرر ولا ضرار فى الاسلام ففيما يتمكن فيه الضرر وهو اسم فى الاضرار بغيره وفيما لايتمكن فيه الضرر يترفق بالمباح ولا يضر بما ينتفع به غيره فالمار ينتفع به من حيث أنه يندفع به الثلج والحر والبرد وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله وهذا نظير رجل له على غيره دين فان طالبه صاحب الدين بقضائه لايسعه أن يؤخره دفعا للضرر عن صاحب الدين وان لم يطالبه كان فى سعة من تأخيره وعلى هذا لو قعد الرجل فى الطريق يبيع ويشترى ان كان الطريق واسعا لايتضرر الناس بقعوده جاز له أن يقعد وان كان فيه ضرر بالناس لايجوز له القعود فاما فى الخصومة فقال ابو حنيفة رحمه الله لكل واحد من عرض الناس أن يمنعه من الوضع وأن يكلفه الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا وضع بغير اذن الامام لان التدبير فيما يكون حقا للعامة الى الامام لتسكين الفتنة فالذى يضع بغير اذن الامام يفتات على رأى الامام فيه فلكل أحد أن يكره عليه وعلى قول أبى يوسف رحمه الله لكل أحد قبل الوضع أن يمنعه منه لا بعد الوضع لان قبل الوضع لكل أحد يد فيه فالذى يحدث يريد أن يجعلها فى يد نفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار فى يده فالذى يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فيكون متعنتا وعلى

(باب مايحدث الرجل فى الطريق) (قوله وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع) أقول يعنى ان الخصومة تارة تكون للنزع وتارة للمنع

ينزعه) لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيأ فكذا في الحق المشترك قال (ويسع للذي عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين) لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليلحق ما في معناه به اذ المانع متعنت فاذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال (وليس لاحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفا أو ميزابا الا باذنهم) لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف أضر بهم أولم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا أضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كي لا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال (واذا أشرع في الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته) لانه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الاصل

(قوله ويسع للذي عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليلحق به ما في معناه اذ المانع متعنت) أقول هذا المقام محل الكلام فان المدعى هنا وهو اباحة الانتفاع بالامور المذكورة آنفا للذي عملها مالم يضر بالمسلمين مسئلة متفق عليها بين الائمة ودليله المذكور في الكتاب لا يمشي الا على أصل محمد أما أولا فلان قوله فليلحق به ما هو في معناه ليس بتام على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله اذ قد صرح في الشروح وعامة المعتبرات أن أصلهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلما كان أو ذميا أن يمنع العامل من الوضع سواء كان فيه ضرر أولم يكن اذا أراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على رأي الامام فيما اليه تدبيره فلكل أحد أن ينكر عليه فظهر منه أن عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على أمر منكر

قول محمد رحمه الله ليس له أن يخاصم بالمنع ابتداء ولا بالدفع انتهاء اذا لم يكن فيه ضرر ولانه ماذون في احداثه شرعا فهو كما لو أذن له الامام فيه بخلاف ما لو كانت السكة غير نافذة فانه ممنوع من احداثه شرعا وان لم يكن يتضرر به أهل السكة لانه كالمملوك لهم وفي الملك المشترك لا يعتبر الضرر وعن أبي قاسم الصغار أنه قال انما يلتفت الى خصومته اذا لم يكن مثل ذلك أي من الجرصن وغيره فان كان له مثله لا يلتفت الى خصومته لانه لو أراد ازالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه وحيث لم يبدأ دل أنه متعنت وليس بمحتسب ولا يقضى بالهدم بخصومة العبد والصبيان المحجورين لان خصومة المحجور لا تعتبر في ماله وكذلك في مال غيره وان خاصمه ذمي يقضى عليه بالهدم لان للذمي حقا في الطريق وهذا اذا بنى على طريق العامة بناء لنفسه فان بنى شيئا للعامة كالمسجد ونحوه ولا يضر بالمسلمين لا ينقض كذا روى عن محمد رحمه الله وأما الضمان فنقول الذي أخرجه ضامن لما تلف به لانه متعد في التسبيب الى الاتلاف من حيث أنه شغل بما صنع طريق المسلمين فيضمن كما لو حفر بئرا على قارعة الطريق لكن المتلف ان كان آدميا فالضمان على عاقلته وان جرح انسانا ان بلغ أرشه أرش الموضحة يجب على العاقلة واذا كان دونه يجب في ماله وان أصاب مالا فاتلفه فضمانه في ماله (قوله اذ المانع متعنت) أي المانع من الانتفاع والمتعنت هو الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه ولا لغيره (قوله لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام) أي لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء لان الضرر يكون بمعنى الضر وهو يكون من واحد والضرار من اثنين بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك كذا في المغرب والضرر في الجزاء هو أن يتعدى المجازي على قدر حقه في القصاص أو غيره * الدرب الباب الواسع على السكة والمراد به في قوله زقاق أو درب غير نافذ السكة الواسعة نفسها كذا في المغرب (قوله لانها مملوكة لهم) أي الغالب أنها مملوكة وذكر الامام الكسائي رحمه الله الا أن باذن جميع أهل الدرب لانها مملوكة لهم هذا هو الغالب وفي الجامع الصغير لفخر الاسلام رحمه الله المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة الملك فقد تنفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة ولكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على

فهو المذكور في الكتاب وقوله (ويسع للذي عمله) بيان الاباحة وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام أي لا ابتداء ولا جزاء يعني متعديا عن مقدار حقه في الاقتصاص لان الضرار بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذا وأما اذا كان غير نافذ فقوله وليس لاحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك والدرب الباب الواسع على السكة والمراد به السكة ههنا وقوله (لانها مملوكة لهم) يعني في الغالب قال فخر الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة الملك فقد تنفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله (على كل حال) أي سواء كانوا متلازقين أولم يكونوا وقوله (واذا أشرع في الطريق روشنا) وهو الممر على العلو بيان لوجوب الضمان

فالمصنف تعرض للاول دون الثاني (قوله بيان الاباحة وهو ظاهر) أقول فانه اذا وسعه الانتفاع به وسعه احداثه أيضا (قال المصنف واذا أشرع في الطريق روشنا) أقول الروشن هو الرف عن الازهري وعن القاضي الصدر الممر على العلو وهو مثل الرف كذا في المغرب وفي القاموس الروشن الكوة وكذلك

وقوله (مما ذكرنا في أول الباب) يعني الكنيف والميزاب والجرصن وقوله (فالضمان على الذي أحدثه فيهما) يعني ضمانهما على المحدث ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة (وقوله وان سقط الميزاب الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه لانه اما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج أو أصاباه جميعا وعلم بذلك أولم يعلم أي الطرفين أصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله (لانه ليس بقاتل حقيقة) يعني أن الكفارة وحرمان الارث انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة والا لساوى الملك غيره كما في الرمي قيل ان كان قتلا حقيقة فالقياس شمول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان وان لم يكن فالقياس عدمه فيها والجواب أن الضمان يعتمد الاتلاف بطريق صيانة التعدي للدماء عن الهدر وقد تحقق باحداثه في الطريق ما ليس له ذلك وأما الكفارة والحرمان فيعتمد ان القتل عمدا أو خطأ ولم يوجد شيء منهما وقوله (اعتبارا للاحوال) يعني يعلم بيقين انه قتيل الجراحة ولا يعلم انه باي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلا ضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان فجعل كانه حصل بالطرفين وقوله (ولو أشرع جناحا) ظاهر وقيل المشتري متعد أيضا بترك الرفع مع امكانه شرعا وأجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة أو التسبيب ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به انسان فانه لا ضمان لانه ليس بمباشر ولا متسبب واستشكل أيضا بالحائط المائل اذا تقدم انسان الى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم أصاب انسانا فانه لا ضمان على البائع وان كان جانيا بترك النقض بعد التقدم اليه والجواب أن صيرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورة مخرج الجناح بشغل هواء طريق المسلمين تعديا ولم يزل بالبيع

وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب (وكذا اذا تعثر بنقضه انسان أو عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما) لانه يصير كالدافع اياه عليه (وان سقط الميزاب نظر فان أصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه) لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه (وان أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه) لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو أصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف) اعتبارا للاحوال (ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى (عطب بها انسان فالضمان على البائع) لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب (ولو وضع في الطريق جمرا فأحرق شيئا

على أصلهما وهو الافتيات على رأي الامام فيما اليه تدبيره وان لم يضر بالمسلمين فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على أمر منكر أصلا حتى يصح الحاق ذلك به وأما ثانيا فلان قوله اذ المانع متعنت ليس بتام أيضا على أصلهما قطعا اذ لو صح عندهما كون المانع متعنتا لما ذهبا الى جواز منعه شرعا وقد عرفت كون مذهبهما ذلك ودليلهما الذي أقاما عليه فتبصر (قوله وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب) قال الشراح يعني الكنيف والميزاب والجرصن أقول لعل قول المصنف هذا مستدرك لان ما مر آنفا من لفظ مختصر القدوري وهو قوله واذا أشرع في الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته كان متناولا لجميع ما ذكر في أول الباب أما الميزاب فصراحة كما ترى وأما الغير ذلك فبعموم قوله أو نحوه فلا حاجة الى ما ذكره المصنف هنا بل لا وجه له لفظا وكذلك سيما بالنظر الى الميزاب تامل (قوله وكذا اذا تعثر بنقضه انسان أو عطبت به دابة) أقول فيه نوع تساهل لان جواب المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة وفيما اذا عطبت به دابة يجب ضمانها في ماله صرح به في الكافي وغيره وكلمة كذا تقتضي الاشتراك في الجواب وهو غير متحقق في قوله أو عطبت به دابة اللهم الا أن يكون المراد بكلمة كذا هنا هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لا في وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق فيم قوله اذا

اخلافه * الروشن الممر على العلو وهو مثل الرف كذا في المغرب وقيل الروشن الخشبة الموضوعة على جداري السطحين ليتمكن من المرور (قوله وكذا اذا تعثر بنقضه انسان) أي فعطب وفي بعض النسخ وكذا اذا عطب بنقضه أي انسان فالدية على عاقلة من أشرع الروشن أو غيره (قوله أو عثر بذلك) أي بالنقض رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما أي فضمانهما على من أشرع الروشن أو غيره (قوله اعتبار الاحوال) أي للحالين يعني لو اعتبر الطرف الذي في الجدار لا يضمن شيئا ولو اعتبر الطرف الآخر يضمن الكل فقلنا بضمان النصف وفي فتاوى قاضيخان وان لم يعلم أيهما أصابه في القياس لا شيء عليه لوقوع الشك في الضمان وفي الاستحسان يضمن النصف (قوله وبرئ اليه منها) أي برئ مما يحدث منه وهذا التبري لا ينفعه لانه يبرأ من ضمان يجب عليه وتبرؤ الانسان عن ضمان يجب عليه للغير باطل وان كان بعد سبب الوجوب (قوله فالضمان على البائع) لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب

(قوله يعني يعلم بيقين أنه قتيل الجراحة) أقول الظاهر أن يقول قتيل الميزاب

وقوله (ولو حركته) أى الجمر قيل فيه تلويح الى أن الريح ان هبت بشررها فاحرقت شيا وجب الضمان لان التعدى كان بوضع الجمر وهو باق فى مكانه واليه ذهب بعض أصحابنا وقوله (وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه) هو اختيار شمس الائمة السرخسى والاول أعنى الاطلاق فى عدم الضمان اختيار شمس الائمة الحلوانى وقوله (وقد أفضى اليها) أى الى عاقبته وهو الحرق بواسطة الريح قوله (ولو استاجر رب الدار الفعلة) الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال المخرج للفعلة أخرجوا جناحا على فناء دارى فان لى حق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فسقط وأصاب شيا قبل الفراغ من العمل أو بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا لانه وجب بامره فلهم ان يرجعوا به عليه كما لو استاجره ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الآمر وان قال أشرعوا جناحا على فناء دارى وأخبرهم أن لا حق له فى ذلك أو لم يخبرهم ففعلوا فسقط وأتلف شيا قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الآمر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لانه أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر كما لو استاجر ليذبح شاة جاره فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وفى الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث انه فناء مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملا بهما واظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهارها قبل الفراغ لان أمر الآمر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل والقتل

يضمنه) لانه متعد فيه (ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم أحرق شيا لا يضمنه) لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى اليها فجعل كمباشرته (ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لان التلف بفعلهم (ومالم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار) وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفار

تعثر بنقضه انسان وقوله أو عطبت به دابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل (قوله ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ) قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح للاجراء ابنوا جناحا لى على فناء دارى فانه ملكى أولى حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم يعلم العملة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فاصاب شيا فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لما أن الضمان وجب على العامل بامر الآمر فكان له أن يرجع به عليه كما لو استاجر غيره ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر لانه غره كذا هذا وان قال المستاجر للاجراء أشرعوا الى جناحا على فناء دارى وأخبرهم أنه ليس له حق اشراع الجناح أو لم يخبرهم حتى بنوا جناحا بامره ثم سقط فاتلف شيا ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الاجراء ولم يرجعوا قياسا واستحسانا وان

وكذلك فى الجناح وجدت الجناية من البائع لشغل هواء المسلمين بالجناح وبالبيع لم يزل هذا الشغل فبقيت جناية على حالها فان قيل المشترى جان أيضا بالامتناع من الرفع مع تمكنه منه شرعا قلنا المشترى غير مباشر ولا مسبب لانعدام الفعل منه وانما صار تاركا معروفا فلا يضمن كمن رأى أعمى يقع فى البئر فلم يمنعه من الوقوع حتى مات أو رأى انسانا يموت من الجوع ومعه طعام فلم يدفعه اليه حتى مات أو وضع رجل حجرا فى الطريق فمر به انسان وأمكنه الرفع كان عليه أن يرفع وان لم يرفعه حتى عثر به انسان ومات لا ضمان عليه لما أنه غير مباشر ولا مسبب (قوله ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم أحرق شيا لا يضمنه) أى لو حركت الريح عين الجمر وانما قيد به لان عند بعض أصحابنا أن الريح اذا ذهبت بشررها فاحرقت شيا فالضمان عليه فى ذلك لان الريح انما ذهبت بشررها ولم تذهب بعينها فالعين باق فى مكانه فكانت الجناية باقية فكان ضمان ذلك عليه (قوله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه) هذا اختيار الشيخ الامام شمس الائمة السرخسى رحمه الله وكان شمس الائمة الحلوانى رحمه الله لا يقول بالضمان من غير تفصيل كذا فى الذخيرة (قوله قد أفضى اليها) أى الى عاقبته وهو الحرق بواسطة الريح فلا ينفسخ حكم فعله بالانتقال من موضع الى موضع لانه كان عالما به بمنزلة الدابة التى جالت فى رباطها كذا فى المبسوط (قوله ولو استأجر رب الدار الفعلة الخ) وقال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح

(قوله وهو على وجوه ان قال المخرج الى آخر قوله وانما تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل) أقول لا يقال فرق ما بين ما ذكر فى الكتاب وهذا المنقول فان ما فى الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الامر فى وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب لانا نقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة وسيجيء من الشارح أيضا بعد (قال المصنف حتى وجب عليهم الكفارة) أقول قال الزيلعى بخلاف ما تقدم من المسائل من اخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبيب وهذا مباشرة انتهى فتامل فى الفرق بين هذه المسئلة وما تقدم

والقتل غير داخل فى عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم (وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا) لانه صح الاستئجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا اذا صب الماء فى الطريق فعطب به انسان أو دابة وكذا اذا رش الماء أو توضأ) لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة (بخلاف ما اذا فعل ذلك فى سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه) لان لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش

سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لانه أمرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر كما لو استاجر ليذبح شاة جاره فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وكذا لو استاجرهم ليبنوا بيتا فى وسط الطريق ثم سقط فاتلف شيا لم يرجعوا به على الآمر وفى الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث ان الامر صحيح يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهاره قبل الفراغ لان أمر الآمر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكر جمهور الشراح هنا أقول هذه الوجوه فى هذه المسئلة بهذا التفصيل والبيان وان كان مما قاله شيخ الاسلام وارتضاه جمهور الشراح لكنه مشكل عندى من وجوه الاول انهم قالوا فى تعليل جواب القياس فى الوجه الثانى والثالث من الوجوه التى ذكروها لانه أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر وهو انما يتم فيما اذا أخبرهم بان ليس له حق فى ذلك لا فيما اذا لم يخبرهم بذلك اذ لا علم لهم بفساد الامر فى هذه الصورة وقد سوّوهما فى وضع المسئلة فى الوجه الثانى والثالث حيث قالوا وأخبرهم أنه ليس له حق

للاجراء ابنوا جناحا لى على فناء دارى فانه ملكى أولى حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم يعلم الفعلة حتى بنوا جناحا ثم سقط فاصاب شيا فالضمان على الاجراء ويرجعون بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ عن العمل أو بعده لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر فكان له ان يرجع به عليه كما لو استاجر رجل غيره ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح فالمستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر كذا هذا وان قال المستاجر للاجراء اشرعوا الى جناحا على فناء دارى واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح أو لم يخبرهم حتى بنوا جناحا بامره ثم سقط فاتلف شيا ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الاجراء لم يرجعوا به على الآمر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ من العمل فكذلك على جواب القياس لان المستاجر امر الاجراء مالم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر كما لو استاجر ليذبح شاة جاره فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وكما لو استاجر ليبنوا له بناء فى وسط الطريق ثم سقط فاتلف شيا لم يرجعوا به على الآمر وفى الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجه على معنى انه مباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكن غير صحيح وغير مملوك له من حيث انه لا يجوز بيعه فمن حيث ان الامر صحيح يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهاره قبل الفراغ لان الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل فلذلك كان اظهار شبهة الصحة بعد الفراغ أولى من اظهاره قبل الفراغ كذا ذكره الامام المحبوبى (قوله فالضمان على رب الدار استحسانا) وفى القياس هذا كالاول لانهم باشروا احداث ذلك فى الطريق وصاحب الدار ممنوع من احداثه وانما يعتبر امره فيما له ان يفعل بنفسه (قوله بخلاف ما اذا فعل ذلك فى سكة غير نافذة) يعنى لو صب الماء أو رشه

وقوله (لانه صح الاستئجار) يعنى بالنظر الى أن له أن ينتفع بفناء داره فبالنظر الى هذا كان أمره معتبرا ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكأنه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه يقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا اذا أمر به وقوله (بخلاف ما اذا فعل ذلك) يعنى الصب والرش والوضوء وقوله (كما فى الدار المشتركة) يعنى أنه له أن يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار لحق

ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة أما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر أنه لا يزلق به عادة لا يضمن

اشراع الجناح من القديم أولم يخبرهم والثانى أنهم قالوا فى بيان وجه الاستحسان فى الوجه الثالث أن أمره غير صحيح من حيث ان فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ من العمل مع أن مدخلية هذه الحيثية فى فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لم يأمرهم ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل الفراغ من العمل بل أمرهم بالانتفاع بذلك باشراع الجناح اليه وفعلوا ذلك ولا شك أنه مملوك له من حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الامر والثالث أنهم قالوا فى الوجه الاول الضمان على الاجراء ويرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده وقالوا فى الوجه الثالث وفى الاستحسان يكون الضمان على الآمر والظاهر منه أن يكون الضمان فى الوجه الثالث فى جواب الاستحسان على الآمر ابتداء مع أن الفقه يقتضى أولوية كون الضمان فى الوجه الاول أيضا اذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الآمر ابتداء لان الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الآمر أنه ملكى أولى حق ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث فى الغرور مع الاشتراك بينهما فى سائر الامور كما ترى ثم أقول تقرير المصنف هذه المسئلة وتعليلها لا يوافق ما ذكره الشراح هنا من التفصيل المنقول عن شيخ الاسلام بل يأباه جدا قال المصنف جعل المسئلة على وجهين أحدهما السقوط قبل فراغهم من العمل والآخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم أحدهما مخالفا لحكم الآخر مطلقا وقال فى تعليل الاول أن التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب قتلا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير داخل فى عقده فلم يتسلم فعلهم الى رب الدار فاقتصر عليهم ولا يخفى أن هذا التعليل يقتضى أن يكون الضمان عليهم وأن لا يرجعوا به على الآمر فى صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا أى فى الوجه الاول أيضا من الوجوه التى ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الاسلام وهو ما اذا أخبرهم الآمر بان له حقا فى ذلك لان فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل فى عقد الآمر ولم يتسلم اليه بل اقتصر عليهم كان اخباره لهم بان له حقا فى ذلك وعدم اخباره لهم بذلك سيين قطعا ويقتضى أن لا يتم فى صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذى ذكروه لرجوعهم بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا فى الوجه الاول من الوجوه التى ذكروها سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده بقولهم لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر فكان له أن يرجع به عليهم فان فعلهم لما انقلب قتلا فى صورة السقوط قبل فراغهم من العمل صار مخالفا لامر الآمر خارجا عن عقده فلم يكن بامر الآمر فما كان وجوب الضمان عليهم بامره بل كان بفعل أنفسهم ويقتضى أيضا أن لا يتم تنظيرهم الوجه الاول بما لو استأجر غيره ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر فى صورة السقوط قبل الفراغ من العمل فان فعل الذابح هناك لم ينقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل فى العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الآمر بحكم التغرير بخلاف ما نحن فيه فى صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء قال هنا لا يقال فرق بين ما ذكر فى الكتاب وهذا المنقول فان ما ذكر فى الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الامر فى وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب لانا نقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة وسيجىء من الشارح أيضا

أو توضأ فى سكة غير نافذة فعطب به انسان ينظر ان فعل ما ليس من جملة السكنى كحفر البئر لا يضمن حصة نفسه ويضمن حصة شركائه وان فعل شيأ من جملة السكنى كما اذا وضع خشبة أو توضأ أو قعد أو أوقف دابة فعطب به انسان فالقياس كذلك وفى الاستحسان لا يضمن شيأ لان الطريق فى سكة غير نافذة مملوك لاهل السكة مشترك فيما بينهم فكان الجواب فيه كالجواب فى الدار المشتركة فالجواب فى الدار المشتركة أنه اذا احدث

(ولو

(ولو تعمد المرور فى موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا أثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شئ وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر فى المرور وكذلك الحكم فى الخشبة الموضوعة فى الطريق فى أخذها جميعه أو بعضه (ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استأجر أجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان أمره بالبناء فى وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الامر قال (ومن حفر بئرا فى طريق المسلمين أو وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمانها فى ماله) لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة فى ماله والقاء التراب واتخاذ الطين فى الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما أحدث شيأ فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع

يعنى صاحب العناية أقول جوابه ليس بسديد اذ لم يقل أحد بان اشراع الجناح مباشرة للقتل فى صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخلو من أن يكون مباشرة من الفعلة أو من الآمر فلو كان مباشرة من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعا كما فى السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شئ منهما بل وجب الضمان على الآمر وهو رب الدار استحسانا كما ذكر فى الكتاب ولو كان مباشرة من الآمر لوجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به أحد والتشبيه بذبح الشاة انما وقع فى صورة السقوط قبل الفراغ لا فى صورة السقوط بعده والذى سيجىء من الشارح أيضا لا بد وأن يحمل على كون اشراع الجناح مباشرة فى الصورة الاولى لا فى الصورة الثانية وأما كون اشراع الجناح مباشرة مطلقا لفعل ما وان لم يكن مباشرة للقتل فى صورة السقوط بعد الفراغ فبمعزل عما فيه الكلام وغير مفيد فى دفع السؤال الذى ذكره كما لا يخفى (قوله ولو تعمد المرور فى موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) أقول فى تحرير المصنف هنا شئ وهو أن الظاهر من قوله فيما مر آنفا وكذا اذا رش الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء أن مسئلة رش الماء تغاير مسئلة صب الماء وقد ذكر هنا الصب فى أصل المسئلة حيث قال ولو تعمد المرور فى موضع صب الماء وذكر الرش فى جوابها حيث قال لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة وضع المسئلة ويمكن أن يعتذر عنه بانه انما فعل هكذا ايماء الى اتحاد مسئلتى الصب والرش فى هذا الحكم مع الاعتماد الى العلم بمغايرتهما مما ذكر من قبل (قوله واذا استأجر أجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا) قال فى العناية لم يتعرض المصنف بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الآمر أو اذا لم يعلم وفى الجامع الصغير للامام المحبوبى ما يدل على أن هذا الجواب الذى ذكره فى الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا فى الفناء فحفر ومات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء للغير فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر انتهى أقول ما ذكره الامام المحبوبى فى جامعه وان دل على أن الجواب الذى ذكره فى الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أن الفناء للمستأجر الا أنه يدل باطلاقه على أن الجواب فى موت انسان فيه بعد فراغ الاجير من العمل وقبله سواء والذى ذكر فى الكتاب مقيد بكون موته بعد تعقله به بعد

احد الشركاء حدثا بغير اذن شركائه على التفصيل الذى ذكرنا كذا ههنا بخلاف ما اذا كانت السكة نافذة (قوله واذا استأجر اجيرا ليبنى له فى فناء حانوته الى قوله يجب الضمان على الامر استحسانا) هذا اذا لم يكن الفناء مملوكا للمستأجر الفناء سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها كذا فى المغرب وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله الفناء ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب ولو كان امره بالبناء فى وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر بخلاف الفناء لانه يباح له فيما بينه وبين ربه احداث مثل ذلك فى فناء اذا

الملك بحقيقته وقوله (لانه صاحب علة) والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها وقوله (فى فناء حانوته) قيل الفناء سعة أمام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما أعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله (فتعقل) أى تشبث وتعلق بالبناء وقوله (يجب الضمان على الآمر) لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الآمر أو اذا لم يعلم وفى الجامع الصغير للامام المحبوبى ما يدل على أن هذا الجواب الذى ذكره فى الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا فى الفناء فحفر ومات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء للغير فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر قال (ومن حفر بئرا فى طريق المسلمين) كلامه واضح

الكناسة فى الطريق وتعقل بها انسان كان ضامنا لتعديه بشغله (ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذى نحاه) لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثانى موضع آخر (وفى الجامع الصغير فى البالوعة يحفرها الرجل فى الطريق فان أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية فى حقوق العامة (وان كان بغير أمره فهو متعد) اما بالتصرف فى حق غيره أو بالافتيات على رأى الامام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل فى جميع ما فعل فى طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف (وكذا ان حفره

فراغ الاجير ولم يتعرض له الشارح أيضا فتبصر (قوله وفى الجامع الصغير فى البالوعات يحفرها الرجل فى الطريق فان أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) قال بعض الفضلاء الامر من السلطان اكراه فقوله وأجبره كالعطف التفسيرى اه أقول ليس هذا بسديد لان كون مجرد الامر من السلطان اكراها ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه فى السير الكبير حيث قال ان مجرد أمر الامام ليس باكراه فجاز أن يكون قوله فى الجامع الصغير أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره السلطان بذلك مبنيا على ذلك ولئن سلم أن كونه اكراها قول مختار فالظاهر أن الامر هنا كناية عن الاذن لاستلزام الامر الاذن وعطف أجبر عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال فى غاية البيان فى تعليل هذه المسئلة وذلك لان للامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله باذن الامام وقال فى العناية وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولا شك أن مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان عن الفاعل صرح به فى عامة المعتبرات فيكون قوله أو أجبره عليه مسئلة أخرى لا محالة وأما كون قوله أو أجبره عليه عطفا تفسيريا فمما لا وجه له لان العطف التفسيرى لم يسمع فى كلمة أو ومعناها أيضا لا يساعد ذلك وانما شاع ذلك فى كلمة الواو لمساعدة معناها اياه ولكن بقى لنا شئ فى قول محمد أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره السلطان بذلك وهو أنه اذا علم عدم ضمان الفاعل فيما اذا أمره السلطان بما فعله يعلم عدم ضمانه قطعا فيما اذا أجبره عليه فما فائدة ذكر قوله أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره السلطان بذلك نعم لو قال فان أجبره السلطان على ذلك أو أمره به لكان له حسن لكون الثانى من قبيل الترقى تأمل تفهم (قوله وكذا الجواب على هذا التفصيل فى جميع ما فعل فى طريق العامة مما ذكرناه وغيره) قال عامة الشراح أراد بقوله مما ذكرناه ما ذكره من أول الباب الى هنا من اخراج الكنيف أو الميزاب أو الجرصن الى الطريق وبناء الدكان فيه واشراع الروشن وحفر البئر وزاد صاحب الغاية ووضع الحجر وقالوا أراد بقوله وغيره غير ما ذكر فى الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمى الثلج والجلوس للبيع أقول ومما ذكره من أول الباب الى هنا صب الماء فى الطريق وكذا رش الماء أو التوضى فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر أحد من الشراح شيأ من ذلك مع التزامهم البيان والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع فى الباب قبل

كان لا يتضرر به غيره وقد جرت العادة بذلك فى بلاد المسلمين فاعتبر امره فى ذلك ولكن لما كان الفناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة البالوعة ثقب فى وسط البيت وكذلك البلوعة ذكرها فى الصحاح الافتيات الاستبداد بالرأى افتعال من الفوت يعنى السبق وفى حديث عبد الرحمن بن بكر امثلى يفتات عليه فى بناته مبنيا للمفعول أى لا يصلح امرهن بغير اذنى كذا فى المغرب (قوله أو هو مباح مقيد بشرط السلامة) لان الانتفاع بطريق العامة انما يباح بشرط السلامة وفى شرح الاقطع وقد قالوا والوقعد فى الطريق ليستريح أو لمرض اضعفه فعثر به انسان ضمن لان المشى فى الطريق مباح بشرط السلامة كما ان الله تعالى اباح الرمى الى الصيد ولو رمى الى صيد فاصاب آدميا أو شاة ضمن فاعتبر فيه السلامة فكذلك ههنا (قوله وكذا الجواب على هذا التفصيل) وهو انه لو فعل بامر من له الولاية فى الامر لا يضمنه ولو فعل بنفسه من غير امر واحد يضمنه (قوله مما ذكرناه) أى من أول الباب الى هنا من اخراج الكنيف أو الميزاب أو الجرصن أو غيرها الى الطريق الاعظم وكذلك اشراع الروشن وحفر البئر فى طريق المسلمين (قوله وغيره) وهو كبناء الظلة

والبالوعة ثقب فى وسط البيت وكذلك البلوعة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد بالرأى افتعال من الفوت وهو السبق وقوله (وكذا الجواب على هذا التفصيل) يعنى انه لو فعله بامر من له الولاية فى الامر لم يضمنه ولو فعل بنفسه من غير أمر أحد ضمنه وقوله (مما ذكرناه) يعنى من أول الباب الى هنا من اخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر البئر وقوله (وغيره) يعنى مالم يذكره فى الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمى الثلج والجلوس للبيع وقوله (وكذلك ان حفره فى ملكه لا يضمن) يعنى كما اذا أمره الامام فحفر فى طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به كذلك اذا حفره فى ملكه وان لم ياذن له الامام وقوله (وكذلك اذا حفره فى فناء داره) يعنى

(قوله والبالوعة ثقب فى وسط البيت وكذلك البلوعة) أقول وهذا المعنى لا يلائم المقام (قال المصنف فان أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لا يضمن)

وان لم يكن الفناء ملكه وفيل جازله ذلك اذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر بان لا يضر لاحد أو اذن له الامام أما اذا لم يكن كذلك فانه يضمن وقوله (هذا) يعنى هذا الجواب وهو أن يضمن اذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا اذا كان فى سكة غير نافذة صحيح وقوله (ولو حفر فى الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما) أى اختناقا بالعفونة قال فى الصحاح

يوم غم اذا كان يأخذ النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تقديم قول أبى حنيفة انه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فان الفقه معه ألا ترى أنه لو حبس رجلا فى بيت حتى مات غما فانه لا ضمان عليه بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع لان أثر فعله وهو العمق أثر فى نفس الواقع فلا بد من أثر الوقوع لوجوب الضمان وقوله (وان استأجر أجراء فحفروها له فى غير فنائه) يعنى بان كان الفناء للغير أو طريقا للعامة لكنه غير مشهور فاما أن يعلموا أنها فى غير فنائه أولا فان كان الثانى فالضمان على المستأجر ولا شئ على الاجراء لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا ذلك وذلك يكفى لنقل الفعل الى الآمر لانه لو توقف على صحة الامر حقيقة تضرر الاجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة الى ذلك فنقل فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستأجر وقوله (لانهم كانوا مغرورين) دليل قوله ولا شئ على الاجراء وصار

فى ملكه لا يضمن) لانه غير متعد (وكذا اذا حفره فى فناء داره) لان له ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد أما اذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بان كان فى سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح (ولو حفر فى الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما لا ضمان على الحافر) عند أبى حنيفة رحمه الله لانه مات لمعنى فى نفسه فلا يضاف الى الحفر والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع أما الجوع فلا يختص بالبئر وقال محمد هو ضامن فى الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه قال (وان استأجر أجراء فحفروها له فى غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شئ على الاجراء ان لم يعلموا أنها فى غير فنائه) لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره الا أن هناك يضمن المأمور

ما تركوه وما بعده وان زعموا أن الجواب فيما تركوه خلاف الجواب فيما ذكروه كان عليهم البيان والنقل ثم انهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر فى الكتاب مع انه قد ذكر فى الكتاب حيث قال ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع وقتل انسانا الخ ويمكن أن يعتذر عن الثانى بان الكلام هنا فيما فعل فى طريق العامة وقد حمل الشراح مسئلة استئجار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة المذكورة فى الكتاب فيما مر على ما فعل فى فناء الدار لا فى طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الظلة الذى عدوه من غير ما ذكر فى الكتاب بناؤها فى طريق العامة أو انهم حملوا المراد بما فعل فى طريق العامة فى قوله فى جميع ما فعل فى طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الانسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يعدوا ما استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الظلة مما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الظلة الذى عدوه من غير ما ذكر فى الكتاب بناءه بنفسه لكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذكور وهو أنه لو فعله بامر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير أمره ضمن متمش فيما فعل فى فناء الدار أيضا وفيما فعل باستئجار الغير لفعله أيضا فلا فائدة فى التخصيص بل لا وجه له تفكر (قوله وكذا اذا حفره فى فناء داره) يعنى وان لم يكن الفناء ملكه كذا فى العناية وغيرها أقول يرد عليه أنه ينافى ما ذكر فيما مر من المسئلة المقررة المجمع عليها وهو قوله واذا استأجر أجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا فتامل (قوله وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا أو كان له حق الحفر فيه) قال جمهور الشراح فى تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بان كان لا يضر

وغرس الاشجار ورمى الثلج والجلوس للبيع وهذه الاشياء غير مذكورة وقد ذكرها الامام التمرتاشى (قوله أو كان له حق الحفر فيه) بان كان لا يضر بالمارة أو اذن له الامام وغما أى اختناقا بالعفونة وفى الصحاح يوم غم اذا كان يأخذ النفس من شدة الحر (قوله لانه مات لمعنى فى نفسه) أى صار كانه مات حتف انفه لا بسبب الوقوع فى البئر وفى المبسوط وأبو حنيفة رحمه الله يقول انما يصير هلاكه مضافا الى الحفر اذا هلك بسبب الوقوع ليجعل الحافر كالدافع فاما اذا طرأ عليه سبب آخر هو سبب لهلاكه كالجوع الذى هاج من طبعه أو الغم الذى اثر فى قلبه فانما يكون هلاكه مضافا الى هذا السبب ولا صنع للحافر فيه (قوله لانه لا سبب للغم سوى الوقوع لانه اثر جعل الارض عميقا وهو من آثار حفره فان البئر تنبعث منها العفونة فلا يكون للغم سبب سوى الوقوع فى البئر وأما الجوع فله سبب آخر سوى الوقوع وهو بعد الطعام عنه واحتراق معدته حين لم يبق فيها من مواد الطعام (قوله لولاه لكان الطعام قريبا منه) والحافر متعد فى ذلك السبب اذا الحكم

أقول الامر من السلطان اكراه فقوله أو أجبره كالعطف التفسيرى واذا

أذن ولم يامر ينبغى أن لا يكون متعديا اذ لا افتيات (قوله ولا يتوهم من تقديم قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى) أقول أى من تقديم دليل قوله رحمه الله (قال المصنف وقال أبو يوسف ان مات جوعا فكذلك) أقول ما ذكر فى الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وأما فى ظاهر الرواية فلا يجب الضمان قاله العلامة الاتقانى نقلا عن الاسبيجابى فالاولى وعن أبى يوسف وعن محمد رحمهما الله

هـذا الامر فى صحته ظاهرا وكون المامور مغرورا كالآمر بذبح شاة ظهر فيها استحقاق الغير الا أن هناك يضمن المامور ويرجع على الآمر لكونه مباشرا وكون الآمر مسببا والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وههنا يجب على المستاجر ابتداء لان كل

و يرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المامور و يرجع المغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فيرجح جانبه (وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء) لانه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا اليهم (وان قال لهم هذا فنائى وليس لى فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا) لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم (وفى الاستحسان الضمان على المستاجر) لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده فى التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر الى ماذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه

باحد أو أذن له الامام فى ذلك أقول فى كل من وجهى تفسيرهم خلل أما فى الاول فلان قول المصنف أما اذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا الخ يأباه جدا فان عدم الضرر لاحد قد يتحقق فى صورة كونه لجماعة المسلمين أو مشتركا أيضا وقد جعل الحكم فيها خلاف ما اذا كان له حق الحفر فيه وأما فى الثانى فلانه اذا أذن له الامام يجوز له التصرف فى طريق العامة أيضا فلا يضمن ما عطب فيه كما مر آنفا ولا شك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك وكذلك ان حفره فى ملكه لم يضمن وكذلك اذا حفره فى فناء داره هو ان الحافر لا يضمن فى هاتين الصورتين بدون اذن الامام أيضا وعن هذا قال الشراح فى شرح قوله وكذلك ان حفره فى ملكه لم يضمن يعنى كما اذا أذن له فحفره فى طريق المسلمين لم يضمن كذلك ان حفره فى ملكه بلا اذن الامام لم يضمن فلا معنى لحمل ما قيل فى مسئلة الحفر فى فناء داره التى جوابها عدم الضمان بدون اذن الامام أيضا على التقييد باذن الامام كما لا يخفى وقال صاحب الغاية فى شرح هذا المقام وقيل انما يكون له أن يحفر فى فناء داره اذا كان الفناء مملوكا له أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدى أما اذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا اذا كان فى سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدى انتهى أقول قد زاد ذلك الشارح نغمة فى الطنبور من جهة الفساد حيث شرح قوله أو كان له حق الحفر فيه بان قال أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره فاشترك مع جمهور الشراح فى أن يرد عليه ما يرد على الوجه الاول من وجهى تفسيرهم كما بيناه من قبل وقال فى تعليل ذلك لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدى و يرد عليه أن التقييد بشرط السلامة يقتضى الضمان عند الهلاك كما صرحوا به فى مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدى فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم أقول الصواب عندى أن معنى قوله أو كان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه أو كان مما استاجره للانتفاع فيه أو نحو ذلك فحينئذ ينتظم السباق واللحاق بلا غبار كما ترى (قوله وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا اليهم) قال صاحب العناية فى عبارة المصنف تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المامور به فى ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له بل المناسب أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا انتهى أقول ليس هذا بسديد لان مدار زعمه التسامح فى عبارة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور فى تمام التعليل ولا شك أنه داخل فيه فقوله لم يصح أمره بما ليس بمملوك له اشارة الى انتفاء صحة أمره حقيقة وقوله ولا غرور اشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى لم يصح أمره حقيقة لانتفاء الملك فى المامور به ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا فظهر أن ماذكره المصنف تعليل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فلم يتم القول بان ذلك هو المناسب (قوله فكان الامر بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر الى ماذكرنا) يعنى قوله لان

تارة يضاف الى السبب بغير واسطة وتارة بواسطة وكذلك يضاف الى الشرط تارة بواسطة وتارة بغير واسطة

واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد فيرجح جانبه وان كان الاول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بما ليس بمملوك له فلا ينقل فعلهم اليه ولبسوا بمغرورين فينتفى الضمان عنهم فبقى الفعل مضافا اليهم وفى عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المامور به فى ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له بل المناسب أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين الامر باشراع الجناح فان الاجراء هناك اذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الآمر وههنا لم يضمنوا أصلا والجواب ما أشار اليه المصنف فى ذبح شاة غيره بان الذابح مباشر والآمر مسبب وقد تقدم أن اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاقها (وان قال لهم هذا فنائى) ظاهر وقوله (فكان الامر بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر الى ماذكرنا

(قوله وفى عبارته تسامح الخ) أقول لا تسامح اذ المراد أنه لا يصح أمره حقيقة لانتفاء الملك فى المامور به ولا ظاهرا لعدم الغرور فقوله لان صحة الامر لا تحتاج الخ ان أراد صحة الامر حقيقة فغير مسلم وقد دل عليه قوله سابقا لو توقف على صحة الامر حقيقة وان أراد صحته ظاهرا فسلم ولا يفيده كما لا يخفى (قوله بالنظر الى ماذكرنا يعنى قوله الخ) أقول فيه بحث

يعنى قوله لانطلاق يده فى التصرف الخ فان قيل قوله ليس لى فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أجيب بان قوله ليس لى فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لى ذلك فى القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام) كلامه واضح قوله (لان الاول) يعنى جعل القنطرة ووضع الخشبة

قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذى عمل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة فى الطريق فتعمد رجل المرور عليها) لان الاول تعد هو تسبيب والثانى تعد هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر أولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما فى الحافر مع الملقى قال (ومن حمل شيأ فى الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به انسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق أن حامل الشئ قاصد حفظه

كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده فى التصرف فيه الخ قال فى العناية أخذا من معراج الدراية فان قيل قوله ليس لى فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أجيب بان قوله ليس لى فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لى ذلك فى القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى أقول فى الجواب بحث لان كلمة ليس لنفى مضمون الجملة حالا عند جمهور النحاة على ما تقرر فى موضعه فحينئذ لا يحتمل قوله ليس لى فيه حق الحفر غير نفى حق الحفر عنه حالا وأما عند بعض النحاة فكلمة ليس وان كانت للنفى مطلقا الا أن معناه أن مضمون الجملة اذا قيد بزمان من الازمنة فهو على ما قيد به وأما اذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الايجاب عليه فى نحو زيد قائم كذا حققه الاندلسى واستحسنه الرضى وفيما وقع فى مسئلة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الايجاب عليه قطعا فلم يكن مشترك الدلالة كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف فى تعليل كون الضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم اذ العلم بفساد الامر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك وأما ما وقع فى لفظ المبسوط فالظاهر أن المراد به ليس لى ذلك من القديم لكنه لى فى الحال والا لما تم وجه الاستحسان ثم أقول الحق عندى فى الجواب أن يقال يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس لى على الاختصاص حق الحفر فيه على أن يكون اللام فى لى للاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامة المسلمين أو مشتركا بان كانت فى سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده فى التصرف فيه اذ يجوز لكل أحد التصرف فى حق العامة بشرط السلامة ولا ينافى أيضا قول المصنف فى تعليل وجه القياس لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم لان فساد الامر مقرر على كل من الاحتمالين أما على احتمال أن يكون المراد ليس لى فيه حق الحفر أصلا أى لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر وأما على احتمال أن يكون المراد ليس لى فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الامر بالحفر فى حق العامة أو فى الحق المشترك بدون اذن الشريك فاسد لانه تعد ولهذا لو فعله بنفسه فتلف به انسان أو بهيمة يجب عليه الضمان (قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين) قال جمهور الشراح أشار

(قوله لان الاول تعد هو تسبيب) وهو بناء القنطرة ووضع الخشبة وانما سمى بناء القنطرة تعديا لان الذى جعل القنطرة فوت حقا على غيره فان التدبير فى موضع القناطر على الانهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكانه جناية بهذا الاعتبار والجناية تعد كذا فى مبسوط شيخ الاسلام (قوله والثانى تعد هو مباشرة) لانه اذا تعمد المرور بان كان بصيرا ويجد موضعا آخر للمرور وصار متعديا فينسب التلف اليه دون المسبب وصار كانه أتلف نفسه فاما اذا لم يتعمد بان كان اعمى أو مر ليلا يضمن اذا وضعه بغير اذن الامام فاما اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن (قوله وهذا اللفظ) اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن (قوله يشمل الوجهين) وهما تلف الانسان بوقوع ذلك الشئ المحمول عليه وتلف الانسان بالتعثر بذلك الشئ

(تعد) أما وضع الخشبة فكونه تعديا ظاهر وأما بناء القنطرة فلان البانى فوت حقا على غيره فان التدبير فى وضع القناطر على الانهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكان جناية بهذا الاعتبار والجناية تعد لا محالة قوله (وهذا اللفظ) يعنى قوله فعطب به فهو ضامن (يشمل الوجهين) وهما تلف الانسان بوقوع الشئ المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعدما وقع فى الطريق وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قول محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يحمل الشئ فى الطريق فيسقط منه ذلك الشئ فيعطب به انسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما والفرق بين العبارتين بين وفى بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان

(قوله فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة) أقول فما يفعل

بقول المصنف لانهم علموا بفساد الامر فانه اذا كان مشترك الدلالة لم يعلموا به اذ العلم لا يجامع الاحتمال (قوله وهو بالنسبة الى الرداء فاسد) أقول لك أن تقول قوله فسقط فعطب به انسان يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا

فلاحرج فى التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس مالا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال (واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا أو جعل فيه بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذى فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا هذا عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن فى الوجهين جميعا لان هذه من القرب وكل أحد ماذون فى اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله

المصنف بقوله وهذا اللفظ الى قوله فعطب به فهو ضامن وأراد بالوجهين فى قوله يشمل الوجهين تلف الانسان بوقوع الشئ المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع فى الطريق أقول لماذهبوا اليه من كون قول المصنف وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين أحدهما أنه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا اذا سقط فتعثر به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستدركا محضا وثانيهما أنه لو كان مراد المصنف ذلك لذكر قوله هذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهى قوله وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن اذلا وجه لتأخير بيان ما فى المسئلة الاولى عن ذكر المسئلة الثانية بلا أمر داع اليه وقال صاحب العناية بعد أن شرح المقام على ما ذهب اليه جمهور الشراح وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعثر به ثم قال ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى أقول ان قوله ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف يتصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه وأنا أتعجب من هؤلاء الشراح كيف حملوا مراد المصنف ذلك المتقن النحرير على ما يأباه من له أدنى دربة بأساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو الحق الصريح عندى أيضا فانه مصون عن المحذورات المذكورة كلها واورده صاحب العناية بعد أن نقله حيث قال وفى بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور انتهى أقول رده مردود اذ لا يخفى أنه يتصور أن يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير أيضا فى حالة النوم بل فى حالة اليقظة أيضا فيختنق بذلك فيموت نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر لكن امكان وقوعه كاف فى تعميم المسئلة كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال ولك أن تقول قوله فسقط فعطب به انسان يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه ألا يرى الى دليله الى هنا لفظه أقول كل من مقدمات كلامه كاسد أما قوله يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير فلان الفرق بين اللفظين نفسهما بدون أن يكون له تأثير فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام ههنا ومثله لا يليق بمن له أدنى تمييز فضلا عن المصنف الذى هو علم فى التحقيق وأما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه فلان المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه وأما قوله ألا يرى الى دليله فلان عموم الدليل لا يقتضى عموم المسئلة ألا يرى أن كلية الكبرى شرط فى انتاج الشكل الاول مع كون النتيجة خاصة (قوله وقالا لا يضمن فى الوجهين جميعا) أى فيما اذا فعل ذلك أحد من العشيرة وفيما اذا فعله أحد من غير العشيرة قال صاحب

موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المصنف رحمه الله نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله (فيخرج بالتقييد بما ذكرنا) يعنى بوصف السلامة وقوله (مالا يلبسه عادة) يعنى مثل اللبد والجوالق ودروع الحرب فى غير موضع الحرب وكذا اذا لبس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله لعدم عموم البلوى به وقوله (للعشيرة) يعنى أهل المسجد وقوله (ضمن) يعنى اذا فعل ذلك بغير اذن أحد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من أهل المسجد

لا خصوصه ألا يرى الى دليله والمنقول عن محمد فيشمل مثل الدرع ولا يبعد موت الانسان مثل الصغار بسقوطه عليه ولا يبعد حمل قول الشارح ولعل المصنف نظر الى المعطوف الخ على هذا فتامل

المحمول بعد ما وقع فى الطريق (قوله وعن محمد رحمه الله اذا لبس مالا يلبس فهو كالحامل) أى لبس ثوبا زيادة على قدر الحاجة يضمنه اذا سقط منه وعطب به انسان لانه لا تعم به البلوى (قوله كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا) فان شهادته من حيث انها شهادة فى حقوق الله تعالى حسبة كانت أو قربة لكن من شرط قبول

باذن

وقوله (كنصب الامام) يعنى اذا لم يكن البانى موجودا أما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار الاسكاف رحمه الله قال أبو الليث رحمه الله وبه نأخذ الا أن ينصب شخصا والقوم يريدون من هو أصلح منه ويجوز أن يكون المصنف رحمه الله اختار قول ابن سلام ان القوم أولى بنصب الامام والمؤذن والبانى أولى بالعمارة وقوله (وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير أهله) فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فانه ليس لغيرهم أن يكرر الجماعة وقوله (وقصد القربة لا ينافى الغرامة) جواب عن قولهما لان هذه من القرب وقوله (كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا) فانه قصد القربة لكن أخطأ الطريق فان شرطها أن يكون الشهود أربعة ممن تسمع شهادته فاذا انقضت انقلبت قذفا واستوجب الحد قال (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل الخ) وان جلس فى المسجد رجل من العشيرة فعطب به رجل

فاما أن كان فى الصلاة أو لم يكن فيها فان كان فى الصلاة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلاة فرضا أو نفلا لان النفل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن فيها بل كان قاعدا لغيرها ضمن عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال (ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم) أى لتعليم الفقه أو الحديث (أو للصلاة) يعنى منتظرا لها (أو نام فيه فى أثناء الصلاة أو فى غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث) قال المصنف رحمه الله (فهو على هذا الاختلاف) وهو اختيار بعض أصحابنا واختياره أبو بكر الرازى وقال بعضهم وهو اختيار أبى عبد الله الجرجانى ليس فيه خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق ولقائل أن يقول فى عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان فى غير الصلاة ضمن وغير الصلاة

باذن واحد من أهل المسجد ولابى حنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولى وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافى الغرامة اذا أخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله قال (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان فى الصلاة وان كان فى غير الصلاة ضمن) وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه فى أثناء الصلاة أو فى غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق

معراج الدراية قوله وقالا لا يضمن فى الوجهين وهما اذن الامام أو العشيرة أو عدم اذنهما وتبعه الشارح العينى أقول تفسير الوجهين هنا بما ذكره ذانك الشارحان لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذى مسكة (قوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه فى أثناء الصلاة أو فى غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أى تعليم الفقه أو الحديث أو للصلاة يعنى منتظرا لها أو نام فيه فى أثناء الصلاة أو فى غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازى وقال بعضهم وهو اختيار أبى عبد الله الجرجانى ليس فيه اختلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق انتهى أقول فى تقريره خلل فان الاختلاف بين أصحابنا واختيار أبى بكر الرازى قول بعضهم وأبى عبد الله الجرجانى قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم

الشهادة فى الزنا أن يكون الشهود أربعة ممن يسمع شهادته فاذا نقصت تلك الشهادة من ذلك العدد انقلبت الشهادة قذفا فيجب حد القذف على الشاهد (قوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلوة أو نام فيه فى اثناء الصلاة أو نام فى غير الصلوة أو مر فيه مارا وقعد لحديث فهو على هذا الخلاف) وذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى الجامع الصغير والصحيح من الجواب على قول أبى حنيفة رحمه الله انه اذا كان الجالس منتظرا للصلوة فانه لا يكون ضامنا لما يعطب به لقوله عليه السلام المنتظر للصلاة فى الصلاة ما دام ينتظرها وانما الخلاف فيما اذا جلس لعمل لا يكون له اختصاص بالمسجد من درس الفقه أو الحديث أو قراءة القرآن وذكر فى الذخيرة واما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو تعد لذكر الله وتسبيحه أو لقراءة القرآن فعثر به انسان فمات هل يضمن على قول أبى حنيفة رحمه الله قال بعضهم يضمن واليه ذهب أبو بكر الرازى وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب أبو عبد الله الجرجانى فاما اذا كان

(قال المصنف وقالا لا يضمن فى الوجهين جميعا) أقول قال الكاكى وهما اذن الامام أو العشيرة أو عدم اذنهما وبه قال الشافعى فى وجه ومالك وأحمد قال الحلوانى وأكثر مشايخنا أخذوا بقولهما فى هذه المسئلة وعليه الفتوى كذا فى الذخيرة انتهى كلام الكاكى وقوله وهما اذن الامام الخ محل كلام (قوله بل كان قاعدا لغيرها) أقول قوله بل كان قاعدا لغيرها لا يطابق المشروح فان القعود لها محل الاختلاف أيضا على تقرير المصنف والاولى القصر على قوله أو لم يكن فيها (قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازى وقال بعضهم وهو اختيار أبى عبد الله الجرجانى ليس فيها خلاف الخ) أقول نظم الكلام فى سمط واحد وفيه تفصيل فانه ذكر شمس الائمة أن الصحيح من مذهب أبى حنيفة الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن وانما الخلاف فى عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث

يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان فى غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال فى الاعتكاف وقوله (لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر) قال الله تعالى فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال وقوله تعالى وأنتم عاكفون فى المساجد وقوله (وله أن المسجد انما بنى للصلاة)

وذكر الفقيه أبو جعفر فى كشف الغوامض سمعت أبا بكر يقول ان جلس لقراءة القرآن أو معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد أنه ان جلس للحديث يضمن بالاجماع وذكر فى الذخيرة أنه اذا قعد فيه لحديث أو نام أو أقام فيما غير الصلاة أو مر فيه مارا ضمن عنده وقالا لا يضمن وان قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو للذكر اختلف المتأخرون فيه على قوله فقال بعضهم يضمن واليه ذهب أبو بكر الرازى وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب أبو عبد الله الجرجانى كذا فى النهاية وغيره ويعلم منه ما فى كلام الشيخ الشارح حيث بين أن الاختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه اتفاق (قوله يشمل هذا المذكور كله) أقول فيه أنه لا يشمل المرور بل النوم فيها فان المستتر فى كان ضمير الجلوس أو الرجل الجالس الا أن يقال للاكثر حكم الكل (قال المصنف لهما ان المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة) أقول لا يخفى عليك أخصية الدليل من المدعى الا أن يلحق سائر المباحات مثل المرور والقعود للحديث لان المناط هو الاباحة ألا يرى الى قوله فكان الجلوس مباحا وفيه *(فصل

لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة أو لان المنتظر للصلاة فى الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان فى الصلاة وله أن المسجد انما بنى للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمى الى الكافر أو الى الصيد والمشى فى الطريق والمشى فى المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره (وان جلس رجل من غير العشيرة فيه للصلاة فتعقل به انسان ينبغى أن لا يضمن) لان المسجد بنى للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة ان كان مفوضا الى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلى فيه وحده

الفقه أو الاعتكاف أو قعد يذكر الله أو يسبحه أو يقرأ القرآن فعثر به انسان فمات وأما فيما اذا قعد لحديث أو نام فيه أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه مارا فعثر به انسان فمات ففيه اختلاف بين أبى حنيفة وبين صاحبيه بلا خلاف لاحد من أصحابنا على ما بين وفصل فى الذخيرة والمحيط البرهانى وذكر فى النهاية أيضا نقلا عن الذخيرة ولا ريب أن ما ذكره المصنف هنا من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الاطلاق وهو اختيار بعض أصحابنا الى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول فى عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان فى غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان فى غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك انتهى أقول فى كل واحد من سؤاله وجوابه سقامة أما فى الاول فلان وضع المسئلة فيما قال وان كان فى غير الصلاة انما كان فى الجلوس فى المسجد فكيف يشمل قوله وان كان فى غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه فى أثناء الصلاة أو فى غير الصلاة والمرور فيه مارا وأما فى الثانى فلان لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس فى المسجد ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفا فكيف يكون هذا بيانا لذلك ثم قال وقوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت أقول لا نسلم أنه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك لجواز أن يكون مختار المصنف أيضا ما اختاره أبو بكر الرازى فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر ومثل هذا ليس بعزيز فى كلمات المشايخ ثم قال وكان من حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال فى الاعتكاف انتهى أقول لعل سر أن المصنف لم يقل هكذا هو أن ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة أيضا ولم يقل أحد بانه لا يضمن فى هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية يتحقق الكلام لاختل كلامه كاختلال كلام ذلك الشارح فى شرحه كما مر حيث يلزم أن يدرج فى اختلاف المشايخ محل الوفاق أيضا فقال وهو على هذا الاختلاف بالبتات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيار المااختاره أبو بكر الرازى فيما هو من جنس العبادة تأمل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن (قوله لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الخ) أقول هذا التعليل قاصر عن افادة

يصلى فعثر به انسان فانه لا ضمان عليه سواء يصلى الفرائض أو التطوع لان التطوع يصير فرضا بعد الشروع قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله فى كشف الغوامض سمعت ابا بكر البلخى ان جلس لقراءة القرآن

لان المسجد موضع السجود ألا يرى أن المسجد اذا ضاق على المصلى كان له ازعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لانه يطلب موضوعه الاصلى دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلاة فيه ولا دلالة لما ذكر من الآيتين على ما سوى الاذن والعكوف به وليس الكلام فيه وكونها من ضرورات الصلاة مسلم لكن لا بد من التفرقة بين الموضوع الاصلى وما الحق به والباقى واضح

(فصل فى الحائط المائل) لما كان الحائط المائل يناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها ألحق مسائله بها فى فصل على حدة قال (واذا مال حائط الى طريق المسلمين الخ) أخذ الشافعى رحمه الله فى هذه المسئلة بوجه القياس ولم يوجب الضمان وعلماؤنا رحمهم الله استحسنوا ايجاب الضمان وهو مروى عن على رضى الله عنه وشريح والنخعى والشعبى وغيرهم من التابعين رحمهم الله والوجه من الجانبين مذكور فى الكتاب وقوله (وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام) كالرامى الى الكفار وان تترسوا بالمسلمين وقطع العضو للاكلة عند خوف هلاك النفس وقوله (وتتحملها العاقلة) قال محمد رحمه الله ان العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم اليه فى النقض وعلى أنه مات من سقوطه عليه وعلى أن الدار له لان كون الدار فى يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير وقوله (والشرط التقدم اليه) وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان حائطك هذا مخوف أو يقول مائل فانقضه أو اهدمه

تامل فانهما حينئذ يحتاجان الى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيدة بشرط السلامة وأما المذكور فى الكتاب فهو اباحة معللة بكونه من ضرورات الصلاة فلا يحتاج الى الفرق لان المناط ليس مطلق الاباحة بل الاباحة المقيدة المعللة بما ذكر (قوله لان المسجد موضع السجود) أقول هذا دليل لغوى (قوله ألا يرى) أقول هذا دليل شرعى (قوله وما عرف الناس الخ) أقول هذا دليل عرفى *(فصل فى الحائط المائل)

(فصل فى الحائط المائل) قال (واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه فى مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال) والقياس أن لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان أصل البناء كان فى ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه فى يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان فى حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه فى كونه جناية دون الخطا فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدى الى استئصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها فى ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما

مدعاهما فى بعض من المسائل المذكورة كالنوم فى المسجد والمرور فيه والقعود فيه لحديث فان شيا منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلاة ولا من الانتظار للصلاة فلا يتم التقريب

(فصل فى أحكام الحائط المائل) لما ذكر أحكام القتل الذى يتعلق بالانسان مباشرة أو تسبيبا شرع فى بيان أحكام القتل الذى يتعلق بالجماد وهو الحائط المائل وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع الحيوانات تقديما للحيوان على الجماد الا أن الحائط المائل لما ناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسائله بها ولهذا أتى بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا فى النهاية وغيرها

أو معتكفا فى المسجد لا يضمن عندهم جميعا وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد فى الجامع الصغير ان جلس للحديث فعطب به رجل ضمن بالاجماع لانه غير مباح وان جلس رجل من غير العشيرة فيه فى الصلاة فتعقل به انسان لا يضمن فى الصحيح لان المساجد اعدت لصلاة العامة من غير خصوص فكان لكل واحد ان يصلى فيه وحده وانما المفوض الى أهل المسجد امر الصلاة بالجماعة

(فصل فى الحائط المائل) (قوله والقياس ان لا يضمن) وهو قول الشافعى رحمه الله (قوله لانه لا صنع منه مباشرة) أى لانه لم يباشر التلف ولم يباشر ما هو شرط التلف وهو متعد فيه وصورة الطلب أن يقول ان حائطك هذا مائل فاهدمه وفى المنتقى رجل له حائط مائل فقال له آخر اهدم هذا الحائط فانه مائل فهذا اشهاد عليه ولو قال له ينبغى لك أن تهدمه فهذا ليس باشهاد عليه بل هو مشورة ويشترط لصحة التقدم والطلب ان يكون التقدم والطلب الى من له ولاية التفريغ لان الفعل انما يطلب من القادر حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة أو اعارة فلم ينقض الحائط حتى سقط على انسان لا ضمان على أحد أما على السكان فلان التقدم اليهم لم يصح وأما على المالك فانه لم يتقدم اليه وكذلك يشترط أن يكون التقدم والطلب من صاحب الحق والحق فى طريق العامة للعامة فيكتفى بطلب واحد من العامة وفى السكة الخاصة الحق لاصحاب السكة فيكتفى بطلب واحد منهم أيضا وفى الدار شرط طلب المالك وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه وبعد صحة الطلب يشترط لوجوب الضمان دوام القدرة على التفريغ الى وقت السقوط (قوله وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام) كما فى الرمى الى

ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا أني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل أن يهي الحائط لانعدام التعدي قال (ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد) لان البناء تعد ابتداء كما في اشراع الجناح قال (وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم) لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان أو امرأة حرا كان أو مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به قال (وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة) لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو أجله صاحب الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك

(قوله والاصل أنه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه) أقول لقائل أن يقول ينتقض هذا الاصل بما سيأتي في الكتاب من أنه يصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين أحدهما أنه يجوز أن يكون هذا الاصل على موجب القياس وما سيأتي في الكتاب جواب الاستحسان ووجهه ما ذكرناه وأما جواب القياس فيه فهو أن لا يضمن أحد من الورثة شيئا أما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم وقد صرح بذلك في المبسوط وذكر في الشروح أيضا

الكفار وان تترسوا بصبيان المسلمين أو بالاسارى وقطع العضو للاكلة عند خوف هلاك النفس (قوله لان هذه ليست بشهادة على القتل) لان الثابت بهذا التقدم مالا يسقط بالشبهة وهو المال لا القتل (قوله ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي) وفي شرح الاقطع وكذلك لو طالبت به امرأة أو صبي أو رجل غريب من بلد آخر لان جميع هؤلاء لهم حق المرور في الطريق فصحت مطالبتهم لثبوت حقهم وفي شرح الطحاوي لو كان الحائط مائلا الى الطريق العام فان الخصومة فيه الى الناس مسلما كان أو ذميا بعد ان كان حرا بالغا عاقلا أو كان صغيرا أذن له وليه بالخصومة فيه أو كان عبدا أذن له مولاه بالخصومة فيه (قوله بخلاف ما اذا مال الى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح) فان قيل في الطريق ينبغي أن يصح التأجيل والاسقاط من واحد في حقه حتى اذا سقط الحائط على هذا المؤجل أو وليه أو ماله كان ينبغي أن لا يجب الضمان لان له ولاية اسقاط حق نفسه قلنا حقه في الطريق الاعظم غير معلوم ولا يحتمل الاسقاط وهو لا يحتمل الوصف بالتجزي حتى يسقط في حق البعض دون البعض وحقه في الطريق بالمرور فيه وهو لا يحتمل الاسقاط حتى لو قال أسقطت حقي فلا أمر في هذا الطريق بعد هذا لا يعمل اسقاطه ولان هذه شركة عامة ولا عبرة بها في نفاذ التصرف ألا ترى ان تصرف واحد من المسلمين في مال بيت المال لا ينفذ في حقه ولا في حق غيره لكون الشركة عامة كذا هنا وانما يصح من الواحد طلب التفريغ والاشهاد باعتبار ان الواحد يقوم مقام جميع المسلمين فيما لهم فيه منفعة ولهم في الاشهاد منفعة أما في التأخير ضرر فلا يقوم الواحد فيه مقامهم

حتى لا يسقط ولا يتلف شيأ ولو قال ينبغي أن تهدمه فذاك مشورة ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان أو ذميا أو صبيا أو امرأة ان مال الى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب الدار أو سكانها ان مال اليها وان يكون الى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة أو اعارة فلم ينقض حتى سقط على انسان فلا ضمان على أحد وقوله (والشرط هو التقدم دون الاشهاد) حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه

(قوله مسلما كان أو ذميا أو صبيا) أقول أي مأذونا أو عبدا كذلك قال المصنف (ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه) أقول الاظهر أن يقال لانه لم يتقدم اليه

بواسطة

وقوله (لان فعل هؤلاء كفعله) أي فعل الوصي والاب والام كفعل الصبي والتقدم اليهم كالتقدم على الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما هدر القتيل بسقوط الحائط اذا بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصي أجيب بأن التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير ما دامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كان التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم هما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصي اذا ترك النقض بعد التقدم اليه ألحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه أجيب بان في ترك النقض دفع مضرة متحققة وهي مضرة مؤنة النقض وبنائه ثانيا وفي نقضه دفع مضرة موهومة لجواز أن لا يسقط وان سقط لا يهلك به شيء فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان وقوله (في عنق العبد) يعني يباع فيه كما يباع في دين تجارته وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحر فانه ينفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجناية على النفس كالمحجور عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله (لان الاشهاد على المولى من وجه) اما اذا لم يكن على العبد دين فظاهر لان الملك في الدار للمولى رقبة وتصرفا والعبد خصم من جهته ألا ترى أنه لو ادعى انسان حقا في دار بيد مأذون له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه وأما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر وعند أبي حنيفة رحمه الله للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا تقدما الى المولى من وجه وتقدما الى العبد من وجه فاعتبر في ضمان النفس تقدما الى المولى لما ذكرنا أن فك الحجر بالاذن لم يتناوله وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحر فيه كما مر وقوله (ويصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه) يعني لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان ووجهه ما ذكر في الكتاب وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن أحد منهم شيئا أما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم اليه مفيدا وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفريغ والجواب أن الاشهاد على جماعتهم يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه أدى الى الضرر وهو مدفوع

بواسطة الفكاك والى الوصي والى أبي اليتيم أو أمه في حائط الصبي لقيام الولاية وتذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي (ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه) لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه (وان عطب بالنقض ضمنه) لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد

فيما سيجيء وثانيهما أنه يجوز أن يكون المراد ههنا بمن يتمكن من نقض الحائط من يتمكن منه وحده أو مع مشاركة غيره وبمن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه أصلا وأحد الورثة في المسألة الآتية وان لم يتمكن من نقض الحائط وحده الا أنه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا انتقاض (قوله والضمان في مال اليتيم) أقول في هذا الاطلاق نوع قصور لان ما تلف بالحائط المائل ان كان من النفوس يجب الدية على عاقلة صاحب

(قوله والى أبي اليتيم) أي الى أب الصبي (قوله والضمان في مال اليتيم) لان فعل هؤلاء كفعله أي فعل الوصي والاب والام كفعل الصبي وفي المبسوط واذا تقدم الى أب الصبي أو الوصي في نقض الحائط فلم ينقضه حتى سقط فاصاب شيأ فضمانه على الصبي لان الاب والوصي يقومان مقامه وهو مالك هدم الحائط فصح التقدم اليهما فيه ويكون ذلك كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه ثم هما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فلهذا كان الضمان عليه دونهما كذا في المبسوط (قوله ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد) حتى يباع العبد فيه كما يباع في دين تجارته وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحر فانه ينفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجناية على النفس هو كالمحجور عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى كذا في المبسوط (قوله لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي) هذا جواب الاستحسان وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن واحد من الورثة أما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يفد التقدم فائدته في حقه فان واحدا منهم كما لا يتمكن من بنائه لا يتمكن من نقضه أيضا وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يكن واحد منهم متعديا في ترك التفريغ فاما جواب الاستحسان فانه يضمن هذا الذي أشهد عليه بحصته فيما أصابه لانه كان متمكنا من أن يطالب شركاءه ليجتمعوا على هدمه وهذا لان الاشهاد على جماعتهم متعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه أدى الى الضرر والضرر مدفوع كذا في المبسوط (قوله

(قوله فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان) أقول فان قيل ينبغي أن لا يقدر الوصي على النقض لان عدمه أنظر قلنا المراد هو الانظرية من وجه (قوله فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه الخ) أقول وهو يتمكن من اصلاح نصيبه بطريقه فيكون التقدم اليه مفيدا كما ذكره

وقوله (فعطب لا يضمنه) أي لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثاني (لان التفريغ عنه) أي القتيل الاول برفعه مفوض الى أوليائه لانهم الذين يتولون دفنه وطولب بالفرق بينهما وبين ما اذا وقع الجناح في الطريق فتعثر انسان بنقضه ومات ثم تعثر رجل بالقتيل ومات فان دية القتيلين جميعا على صاحب الجناح وأجيب بان اشراع الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كانه ألقاه بيده عليه فكان حصول القتيل في الطريق مضافا الى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن ألقى شيأ في الطريق كان ضامنا لما عطب به وان لم يملك تفريغ الطريق عنه

على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل (ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه) لان التفريغ اليه (وان كان ملك غيره لا يضمنه) لان التفريغ الى مالكها قال (وان كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية و يكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند أبي حنيفة وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر و بنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك

الحائط لا في ماله وان كان من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله وقد مر هذا كله في الكتاب فكون الضمان في مال اليتيم انما يتصور في تلف الاموال لا في تلف النفوس فما معنى الحكم هنا بكون الضمان في مال اليتيم على الاطلاق (قوله لهما ان التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر و بنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل) أقول كان مدعاهما عاما للفصلين أي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما أفصح عنه المصنف بقوله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص للفصل الاول فكان قاصرا في الظاهر عن افادة تمام المدعى وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ماذكره المصنف من قبلهما وفي مسئلة البئر تلفت النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين اه والجواب من جانب المصنف هنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبلهما وان كان يخص الفصل الاول بعبارته الا أنه يعم الفصل الثاني أيضا بدلالته كما لا يخفى على ذي فطانة فاكتفى بذلك ولو لم يكن مدار الكلام هنا على الاكتفاء بانفهام تمام المراد لكان مازاده صاحب الكافي أيضا قاصرا عن افادة تمام المدعى هنا لان الفصل الثاني ليس مسئلة حفر البئر وحدها بل هو مسئلة حفر البئر و بناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى

ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه) حائط مائل اشهد عليه فوضع صاحب الحائط أو غيره عليه جرة فسقط الحائط ورمى بالجرة على انسان فقتله فالضمان على صاحب الحائط ولو عثر بالجرة أو بنقضها أحد ان كانت الجرة لغير صاحب الحائط فلا يضمن أحد أما صاحب الحائط فلان الاشهاد على الحائط لا يكون اشهادا على الجرة وأما صاحب الجرة فلانه لم يوجد الاشهاد عليه حتى لو كانت الجرة لصاحب الحائط يضمن لقدرته على رفعها (قوله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) أي في فصل الحائط المائل المشترك بين خمسة وفي فصل دار بين ثلاثة نفر وقيل جواب أبي حنيفة رحمه الله فيما اذا مات القتيل بثقل الحائط وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يخالفانه في ذلك وجوابهما فيما اذا مات بسبب الجرح بان جرحه الحائط وأبو حنيفة رحمه الله يوافقهما في ذلك (قوله وهو الثقل المقدر) أي في الحائط والعمق المقدر أي في البئر (قوله لان أصل ذلك ليس بعلة) أي القليل من الثقل والعمق لا يوجب التلف بحال حتى يعتبر

تفريغ الطريق عنه بخلاف مسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فلذلك جعل فاعلا في حق القتيل الاول لا في حق القتيل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره في الكتاب واضحا وقوله (فسقطت) يعني الجرة بسقوط الحائط يشير الى أنه لو وقعت الجرة وحدها فاصابت انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل كذا في المبسوط وقوله (فعليه) أي فعلى كل واحد من حافر البئر و باني الحائط وقوله (وله) أي لابي حنيفة رضي الله عنه أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر يعني في الحائط والعمق المقدر يعني في البئر (لان أصل ذلك) أي أصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى عوان بين ذلك (وهو القليل) أي ذلك الاصل يعني أن الجزء اليسير ليس بمهلك (حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك) ألا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فيترك الاشهاد في حق الباقين لا يزاد بخلاف

المصنف (قوله أي فعلى كل واحد منهما من حافر البئر و باني الحائط) أقول والاولى ان يقول وعلى ذلك الاحد اذ مرجع الضمير هو لفظ أحدهم

الواجب على من أشهد عليه وعلى هذا تخرج مسئلة البئر فيقال لهما اجتمع في حقه معنيان أحدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره والآخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنسا والمهدر جنسا فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة رضي الله عنه أن صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين وقوله (بخلاف الجراحات) جواب عن قولهما كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وقوله (الا ان عند المزاحمة أضيف الى الكل لعدم الاولوية) يضاف اليه واذا أضيف الى الكل و بعضها معتبر في اضافة الضمان اليه و بعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيأ واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحدهما واهدر الآخر والله تعالى أعلم

(باب جناية البهيمة والجناية عليها) ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الانسان والجناية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان وقوله (لما أوطات الدابة) الصحيح لما وطئت الدابة وقيل يجوز أن يكون مفعولا الايطاء محذوفين وتقديره أوطات الدابة يدها أو رجلها انسانا فيكون من باب فلان يعطي وقوله (ما أصابت) بدل من قوله لما أوطات الدابة والكدم العض بمقدم الاسنان والخبط الضرب باليد والصدم هو أن تضرب الشئ بجسدك ومنه اصطدم الفارسان اذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه و يقال نفحت الدابة الشئ

*(باب جناية البهيمة

بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف الا أن عند المزاحمة أضيف الى الكل لعدم الاولوية والله أعلم

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

قال (الراكب ضامن لما أوطات الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

لما فرغ من بيان أحكام جناية الانسان شرع في بيان أحكام جناية البهيمة ولا شك في تقدم الانسان على البهيمة رتبة فكذا ذكرا كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية أقول يرد عليه أنه لم يفرغ من بيان أحكام جناية الانسان مطلقا بل بقي منها أحكام جناية المملوك ولا شك أن المملوك من الانسان أيضا مقدم على البهيمة رتبة فكان ينبغي أن يقدم عليها أيضا ذكرا فلم يكن القدر المذكور من التوجيه كافيا في افادة حق المقام وقال في غاية البيان وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق في

كل جزء علة فيعتبر الكل علة واحدة فيضاف الحكم اليها ثم يقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت أو كبرت الا عند المزاحمة أضيف الى الكل لعدم رجحان البعض على بعضها فلما أضيف التلف الى الكل و بعض الجراحات معتبر في اضافة الضمان اليه و بعضها غير معتبر فجعل الذي هو غير معتبر شيأ واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحد النصفين وأهدر الآخر وهذا لانه اذا لم يصلح البعض لاضافة الحكم اليه وصلح لقطع النسبة من المزاحمة ظهرت المزاحمة في قطع النسبة وان لم يظهر في حق استحقاق الحكم والله أعلم

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

(قوله الراكب ضامن لما أوطات الدابة) الصحيح وطئت لانك تقول أوطات فلانا الدابة فوطئت الكدم العض بمقدم الاسنان كما يكدم الحمار والخبط الضرب باليد * والصدم هو ان تضرب الشئ بجسدك ومنه الكلب اذا قتل الصيد صدما لا يؤكل واصطدم الفارسان اذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه يقال نفحت الدابة الشئ اذا ضربته بحد حافرها كذا في الصحاح والمغرب وقوله الراكب ضامن لما أوطات الدابة الى قوله أو كدمت أو خبطت وكذا اذا صدمت يريد به اذا كان الراكب يسير في طريق المسلمين لانه اذا كان يسير في ملكه ان وطئت بيدها أو برجلها يضمن وان كدمت أو نفحت بيدها أو برجلها أو ضربت بيدها فلا ضمان لان في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة اتصل بالمتلف فكانهما وطئاه جميعا ولهذا يجب على الراكب الكفارة اذا وطئت الدابة برجلها أو بيديها ويحرم عن الميراث والمباشر ضامن سواء كان متعديا أو لم يكن اما اذا لم يكن صاحب الدابة راكبا عليها بل كان سائقا أو قائدا لها فصاحب الدابة متسبب لانه لم يتصل ثقله بالمتلف والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا وهو ليس بمتعد بتسيير الدابة في ملكه وأما اذا كانت جناية الدابة في ملك غير صاحب الدابة فهذا على وجهين اما ان دخلت في ملك الغير من غير ادخال صاحبها بان كانت منفلتة وفي هذا الوجه لا ضمان على صاحبها وأما ان دخلت بادخال صاحبها ففي هذا الوجه صاحب الدابة ضامن في الوجوه كلها سواء كانت واقفة أو سائرة وسواء كان صاحبها معها يسوقها أو يقودها أو كان راكبا أو لم يكن معها لان صاحب الدابة في بعضها مباشر وفي بعضها مسبب متعد اذ ليس له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بدون اذن المالك (قوله وما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها) تفسير لقوله

والجناية عليها)* (قوله ذكر جناية البهيمة والجناية عليها الخ) أقول فان قيل ما ذكر في هذا الباب جناية انسان ولذلك يجب الضمان من ماله أو على عاقلته قلنا لما أودع الله سبحانه وتعالى في البهائم ارادة وادراكا صح اضافة الجناية اليها ولزوم الضمان على غيرها لا ينافي تلك الاضافة كما في الجاني والعاقلة (قوله وقيل يجوز أن يكون مفعولا الايطاء محذوفين)

اذاضربته بحد حافرها واعلم ان جناية الدابة لاتخلو من أوجه ثلاثة لانها اماأن تكون فى ملك صاحبها أوفى ملك غيره أوفى طريق المسلمين فان كانت فى ملك صاحبها ملكا كاملا أومشتركا متساويا أومتفاضلا فاماان يكون صاحبها معها أولا يكون فان كان الثانى لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة أوسائرة وطئت بيدها أوبرجلها أونفحت أوكدمت وان كان الاول فاماان يكون سائقا لها أوقائدا أوماأن يكون راكبا عليها أولا فان كان الاول لم يضمن صاحبها فى الوجوه كلها أتلفت نفسا أومالا لان صاحبها فى هذه الوجوه متسبب لاتصال أثرفعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمتسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولاتعدى فى ايقاف الدابة أوتسييرها فى ملكه وان كان الثانى وهو يسير فان وطئت بيدها أوبرجلها ضمن وان كدمت أونفحت بيدها أوبرجلها أوضربت بذنبها فلاضمان لان فى الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف فكانهما وطئاه جميعا والمباشر ضامن متعديا كان أولم يكن وفى الثانى متسبب غيرمتعد وان كانت الجناية فى ملك غيرصاحبها فاماان أدخلها صاحبها فيه أولافان كان الثانى فلاضمان عليه على كل حال لانه ليس بمتسبب ولامباشر وان كان الاول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائقها أوقائدها أولاواقفة أوسائرة لان صاحبها امامباشر أومتسبب

(٢٥٨)

متعد اذليس له ايقاف الدابة وتسييرها فى ملك الغير بغير اذنه وان كانت فى طريق المسلمين وقدأوقفها صاحبها فعليه ضمان ماتلف فى الوجوه كلها لانه بالايقاف متسبب متعد اذليس له شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت سائرة فاماان يكون صاحبها معها أولم يكن فان لم يكن فاماان سارت بارساله أوانفلتت فان كان الاول ضمن ما أتلفت مالم تتحول عن جهة الارسال يمنة أويسرة لان ارسالها بلاحافظ سبب للاتلاف وهو فيه متعد وان كان الثانى فلاضمان عليه فى الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت راكبا كان أوسائقا أوقائدا الاالنفحة بالرجل أوالذنب لانه مباشر أومتسبب متعد والغرض من هذا الاسهاب بيان قول المصنف رحمه الله الراكب ضامن لماأوطأت الدابة الى قوله وكذا اذاصدمت أنه محمول على ما اذالم يكن الراكب فى ملكه لان هذا الجواب ان استقام فى قوله ما أصابت بيدها أوبرجلها لايستقيم فى قوله أوكدمت أوخبطت أوصدمت فيما اذا كان فى ملكه على مامر آنفا وذكر الاصل الذى ينبنى عليه هذه الفروع فقال (والاصل أن المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس) أماأنه يتصرف فى حقه فلان الانسان لابدله من طريق يمشي فيه لترتيب مهماته فالحجر عن ذلك حرج وهو مدفوع وأماأنه يتصرف فى حق غيره فلأن غيره فيه كهو فى الاحتياج فبالنظر الى حقه يستدعى الاباحة مطلقا

مقيدا

اقول القائل هو الاتقانى (قوله وان كانت فى طريق المسلمين وقدأوقفها صاحبها فعليه ضمان ماأتلفت فى الوجوه كلها) أقول هذا اذا أوقفها لغير البول والروث (قوله وكذا اذاصدمت أنه محمول على ما اذالم يكن الراكب فى ملكه) أقول يعلم كونه محمولا على ما اذا كان الراكب فى الطريق مماذكره المصنف فى معرض التعليل

وكذا اذاصدمت ولايضمن مانفحت برجلها أوذنبها) والاصل ان المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة

المملوك ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق ألحق هذا الباب بباب مايحدثه الرجل فى الطريق من الجرصن ونحو ذلك اه أقول يرد عليه أيضا أنه لو كان هذا الباب ملحقا بباب مايحدثه الرجل فى الطريق من الحيثية المذكورة لما ذكرت مسائل هذا الباب فى باب مستقل بل كان حقها أن تذكر فى فصل كما قالوا فى فصل الحائط المائل تدبر (قوله ولايضمن مانفحت برجلها أوذنبها) قال الشراح قاطبة يقال نفحت الدابة شيأ اذاضربته بحد حافرها وقال صاحب النهاية بعد ذلك كذا فى الصحاح والمغرب واقتفى أثره صاحبا الكفاية ومعراج الدراية أقول كون المذكور فى المغرب كذلك مسلم فانه قال فيه نفحته الدابة ضربته بحد حافرها وأما كون المذكور فى الصحاح كذلك فممنوع اذلم يعتبرفيه كون الضرب بحد الحافر بل قال فيه ونفحت الناقة ضربت برجلها ثم أقول بقى اشكال فى عبارة الكتاب وهو ان الذى يظهر مما ذكر فى كتب اللغة ومما ذكره الشراح هنا أن لاتكون النفحة الابالرجل فيلزم أن لايصح قوله أو ذنبها فى قوله ولايضمن مانفحت برجلها أوذنبها لانه يقتضى أن تكون النفحة بالذنب أيضا بل يلزم أيضا استدراك قوله برجلها لان الضرب بالرجل كان داخلا فى مفهوم النفحة لايقال ذكر الرجل محمول على التاكيد

أوطئت الدابة (قوله لانه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه) جواب لسؤال ذكر فى الذخيرة وغيره مع هذا الجواب وهو فان قيل هو غير متعد فى هذا التسبيب فان له ان يمر فى طريق المسلمين كمافى ملكه ولو مر عليها فى ملكه فاتلف شيأ بهذه الوجوه لم يضمن بها فيجب ان لايضمن ههنا أيضا قلنا الطريق يشبه ملكه من حيث ان المرور مباح له فيه ويشبه ملك الغير من حيث انه ليس له فى طريق المسلمين ملك يطلق له التصرف فوفرنا على الشبهين حظهما فيما كان مسببا للاتلاف فقلنا اذا كان شيأ يمكنه حفظ الدابة والتحرز عنه يعتبر فيه متعديا وذلك كالكدم والوطء باليد والرجل فى حق القائد والراكب لان ذلك يكون بين عينه فجعل فى هذه الاشياء طريق المسلمين ملحقا بملك الغير وقلنا اذا كان شيأ لايمكن حفظ الدابة والتحرز عنه

مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لايمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به (فان أوقفها فى الطريق ضمن النفحة أيضا) لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا فى الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال (وان أصابت بيدها أوبرجلها حصاة أونواة أواثارت غبارا أوحجرا صغيرا ففقأ عين انسان أوأفسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن) لانه فى الوجه الاول لايمكن التحرز عنه اذسير الدواب لايعرى عنه وفى الثانى ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لايختلف قال (فان راثت أوبالت فى الطريق وهى تسير فعطب به انسان لم يضمن) لانه من ضرورات السير فلايمكنه الاحتراز عنه (وكذا اذا أوقفها لذلك) لان من الدواب مالايفعل ذلك الابالايقاف وان أوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها أوبولها ضمن لانه متعد فى هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضررا بالمارة من السير لما انه أدوم منه فلايلحق به (والسائق ضامن لما أصابت بيدها أورجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها)

وذكر الذنب على التجريد لانا نقول اعتبار التاكيد والتجريد معا بالنظر الى كلمة واحدة فى موضع واحد متعذر للتنافى بينهما كما لايخفى على الفطن بل التأويل الصحيح أن تحمل النفحة المذكورة فى الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلااشكال تامل (قوله والسائق ضامن لما أصابت بيدها أورجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف والمراد النفحة وقال صاحب النهاية فى شرحه أى من قوله لما أصابت بيدها أورجلها وقال انما فسر بهذا لانه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصابت بيدها أورجلها الوطء وقد ذكرت أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد وانما الاختلاف فى النفحة ولولم يفسر بهذا لكان للمؤول أن يؤول ذلك بالوطء ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك اه واقتفى أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية أقول فيه خلل أماأولا فلأن الظاهر من قولهم أى من قوله لما أصابت بيدها أورجلها أن يكون المراد بالاصابة بيدها وبالاصابة برجلها كليهما هو النفحة وليس كذلك اذلايطلق على الاصابة باليد النفحة وانما يطلق عليها الخبط اذا ضربت باليد ولوسلم اطلاق النفحة عليها أيضا بطريق التجوز فلايجدى هذا اذلافرق بين الوطء باليد والخبط الذى هو الضرب باليد فى وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلاخلاف أحد فلامعنى لان يكون المراد أحدهما دون الآخر وأماثانيا فلأن القدورى لم يذكر الخلاف فى مسئلة السائق أصلا حتى يلزم من توهم أن يكون المراد بقوله لما أصابت بيدها أورجلها هو الوطء اثبات الاختلاف فى الوطء وانما الذى بين الخلاف

لايعتبر فيه متعديا وذلك كالنفحة بالرجل والضرب بالذنب لان كل ذلك يكون وراء الراكب وجعل فى حق النفحة والضرب بالذنب فى حق الراكب والقائد طريق المسلمين ملحقا بملكه وأما السائق هل يضمن اختلف المشايخ فيه (قوله لما فيه من المنع عن التصرف) يعنى أنا لوشرطنا عليه السلامة فيما لايمكنه التحرز عنه تعذر عليه استيفاء حقه لانه يمتنع من المشى والسير على الدابة مخافة ان يبتلى بما لايمكن التحرز عنه فامامايستطاع الامتناع منه لوشرط عليه صفة السلامة من ذلك لايمنع عليه استيفاء حقه وانما يلزمه به نوع احتياط فى الاستيفاء كذا فى المبسوط (قوله وان أوقفها) وفى المغرب ولايقال أوقفه الافى لغة رديئة (قوله والمرتدف فيماذكرنا كالراكب) أى فى موجب الجناية (قوله لان المعنى لايختلف) وهو معنى المباشرة وتصرف الدابة فى التسيير على ماأراد وفى المبسوط والراكب والرديف والسائق والقائد فى الضمان سواء لان الدابة فى أيديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤا (قوله ثم هو أكثر ضررا بالمارة) أى الايقاف أكثر ضررا بالمارة من السير لان الايقاف أدوم من التسيير وربما يكون مانعا لغيره من المرور فيكون فوق المرور فلا

وبالنظر الى حق غيره يستدعى الحجر مطلقا فقلنا باباحته مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقية كلامه واضحة وقوله (والمرتدف فيما ذكرنا) يعنى فى موجب الجناية (كالراكب لان المعنى) أى المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف فى الدابة بالتسيير على ما أراد (لايختلف) لانها فى أيديهم وتحت تصرفهم وقوله (ثم هو) يعنى الايقاف (أكثر ضررا بالمارة) جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله فى كونه تصرفا فى الدابة قالمياحق به ووجهه أنه أضر منه (لما أنه) أى الايقاف (أدوم من السير فلايلحق به) وقوله (والسائق ضامن) لما فرغ من بيان أحكام الراكب بين أحكام السائق والقائد

وقوله (والمراد النفحة) أى من قوله لما أصابت بيدها او رجلها وانما فسر بذلك لئلا يتوهم ان المراد به الوطء فانه يوجب الضمان على السائق والقائد بلاخلاف لاحد فيه وقوله (واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله) يعنى العراقيين وقوله (فيمكنه الاحتراز عنه) يعنى بابعاد الدابة عن المتلف أو بابعاده عنها وقوله (وقال أكثر المشايخ رحمهم الله) يريد مشايخ ماوراء النهر وقوله (ماذكرناه) يعنى قوله فلا يمكنه التحرز وقوله (وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار) معطوف على قوله ماذكرناه ومعنى جبار هدر ومعناه النفحة بالرجل لان الوطء مضمون بالاجماع وقوله (وانتقال الفعل) جواب عن قول الشافعى رحمه الله لان فعلها مضاف اليهم يعنى ان ذلك يكون بالقياس على الاكراه ولا يكاد يصح لان هنالك الانتقال بتخويف القتل وهنا تخويف بالضرب فلا يلحق به قيل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على أصل آخر وهو أن سير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام فى النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوى ماذكره بقوله والحجة عليه ماذكرناه وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار وأتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلى وبيان الكفارة وقوله (لماذكرناه) اشارة الى قوله لان التلف بثقله وقوله (على ماذكرنا) اشارة الى قوله لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ وقوله (لان كل ذلك سبب الضمان) يعنى أن

(قوله وقوله لما ذكرناه يعنى قوله فلا يمكنه التحرز) أقول وقوله أيضا فلا يتقيد فيما لا يمكنه الاحتراز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد بابه وقيل حتى يتم جوابا وحجة الشافعى فى الراكب والقائد والسائق (قوله ومع ذلك لا يخلو عن ضعف) أقول فانه اذا كان سير الدابة مضافا الى راكبها تكون النفحة مضافة اليه أيضا (قوله والجواب القوى ماذكره بقوله والحجة عليه ماذكرناه) أقول جواب بطريق المعارضة

والمراد النفحة قال رضى الله عنه هكذا ذكره القدورى فى مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه أى النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعى يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ماذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما فى المكره وهذا تخويف بالضرب قال (وفى الجامع الصغير وكل شئ ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب (الا أن على الراكب الكفارة) فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها (ولا كفارة عليهما) ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهى آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ وكذا الراكب فى غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب وكذا يتعلق بالايطاء فى حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة (ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة) لان الراكب مباشر فيه لماذكرناه والسائق مسبب والاضافة الى المباشر أولى

فى هاتيك المسئلة هنا هو المصنف وذا فرع تفسيره مراد القدورى بالنفحة لا منشأ هذا التفسير كما توهمه كلامهم ثم أقول الحق عندى ان معنى قول المصنف والمراد النفحة هو ان مراد القدورى بقوله أو برجلها فى مسئلة السائق وبقوله دون رجلها فى مسئلة القائد هو النفحة وانه انما فسر بذلك ليتم قوله فى مسئلة القائد دون رجلها اذ لو كان المراد الوطء لم يتم ذلك فان وطء الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد أيضا بلاخلاف أحد (قوله ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه) أقول لقائل أن يقول ان يد الدابة أيضا غائب عن بصر القائد اذ القود لا يتيسر الا بالنظر والالتفات الى القدام فيغيب ما فى الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته بيدها أيضا فينبغى أن لا يضمن ذلك أيضا فليتأمل فى الدفع (قوله وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه) أقول ولقائل أن يقول ليس على يدها أيضا ما يمنعها به كما

يلحق به بدلالة النص (قوله والمراد النفحة) أى من قوله لما أصاب بيدها أو برجلها وانما قيد التفسير بهذا لانه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصاب بيدها أو رجلها الوطء ولاخلاف لاحد انه يضمن فيه السائق والقائد وانما الاختلاف فى النفحة ولو لم يفسره بهذا لكان للمؤول ان يؤول ذلك بالوطء ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك (قوله واليه مال بعض المشايخ) أى مشايخ العراق (قوله بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه) أى بابعاد الدابة عن المتلف أو ابعاد المتلف عن الدابة وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة أيضا وهو الصحيح (قوله والحجة عليه ماذكرناه) وهو قوله وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقوله عليه السلام الرجل جبار أى هدر معطوف على قوله ماذكرناه (قوله وانتقال الفعل بتخويف القتل) هذا جواب عن قول الشافعى رحمه الله لان فعلها مضاف اليهم فمنا الاضافة والانتقال انما يكون فى الاكراه الكامل وهو التخويف بالقتل أو بالقطع لا فى الاكراه القاصر وهو التخويف بالضرب وهذا الاكراه قاصر فلا ينتقل اليهم (قوله لان الراكب مباشر فيه) والدليل على أنه مباشر من حيث حكم الشرع ان من سار على دابة فى ملكه

كل واحد منهما بانفراده عامل فى الاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب أوجب ضمان ما أتلفت بالوطء وكذلك الركوب فلم يجز أن يضاف عمل السوق فى الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافا اليهما نصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل فى التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذى هو مباشرة وتذكر تخصيص العلل ومخاصه فانه من مظانه وقال (اذا اصطدم فارسان الخ) أى ضرب أحدهما الآخر بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا فى الفارسين خصهما بالذكر وماذكر زفر والشافعى رحمهما الله وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روى عن على رضى الله عنه كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فرجحنا قولنا بما ذكرناه يعنى قوله لان فعله فى نفسه مباح وهو المشى فى الطريق الخ

قال المصنف (وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان) أقول قال الزيلعى ألا يرى أن محمدا ذكر فى الاصل ان الراكب اذا أمر انسانا فنخس المأمور الدابة وطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا فى الضمان والناخس سائق والآمر راكب فتبين بهذا أنهما يستويان والجواب ان المسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان السبب لا يعمل بانفراده فى الاتلاف كما فى الحفر مع الالقاء فان الحفر لا يعمل بدون الالقاء وأما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فان السوق متلف وان لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فانه ليس بمتلف بلا القاء وعند الالقاء وجد التلف بهما فاضيف الى آخرهما كمسئلة السفينة اذ كل واحد منهما لا يعمل بانفراده وفيما نحن فيه يعمل فيشتركان انتهى وقرر صاحب الكفاية تعليل وجوب الضمان عليهما بقوله ذكر محمد فى الاصل ان الراكب اذا أمر آخر فنخس الدابة فان وطئت انسانا كان الضمان عليهما وعلل فقال لان الناخس سائق والآخر راكب فقد بين بما ذكران الراكب والسائق فى ضمان ماوطئت الدابة يشتركان ولا يختص به الراكب انتهى وأنت خبير بان ماذكره الزيلعى فى معرض الجواب بمعزل عن هذا التقرير مع أنه لا يصلح جوابا عما ذكر فى الاصل بل هو تحقيق وتفصيل له وكيف لا واللازم منه وجوب الضمان على السائق وهو قد صحح عدم الوجوب فهذا من مثله غريب (قوله لكن لما كان موت المصطدمين غالبا فى الفارسين خصهما بالذكر) أقول ولعل الاولى أن يقال انما خصهما بالذكر لان اصطدام الماشيين ليس من هذا الباب لعدم تعلقه بالبهيمة قال المصنف (فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أيضا رجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثانى ان ما ذكر تم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول أن ماذكره منقوض بالواقع فى البئر بمشيه فيكون فاسدا وعن الثانى أن القياس فى مقابلة النص لا يصلح حجة كذا فى شرح أكمل الدين وشرح شاهان وقال صاحب الكفاية فان قيل القياس لا يصلح مرجحا لانه علة ثبت به الحكم والترجيح انما يكون بما ليس بعلة قلنا معناه فتعارضت روايتاه فتساقطتا فرجحنا قولنا بما ذكرنا من الدليل أو نقول القياس انما يكون علة عند عدم النص فاما عند وجود النص فلا يصلح علة وههنا النص موجود فاذا لم يصر علة يصح به الترجيح أو نقول ماروى أنه أوجب النصف محمول على ما اذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما فى العمد على عاقلة كل واحد منهما عنهما أيضا انتهى

وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال (واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) وقال زفر والشافعى يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روى ذلك عن على رضى الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا أن الموت يضاف الى فعل صاحبه لان فعله فى نفسه مباح وهو المشى فى الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة فى حق الضمان كالماشى اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شئ من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح فى غيره سبب للضمان كالنائم اذا

كان فى فيها من اللجام فلا يمكنه التحرز عما أصابت بيدها أيضا فينبغى أن لا يضمنه أيضا فليتأمل فى الجواب (قوله واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) قال فى النهاية وفى تقييد الفارسين

فاوطأت انسانا بيدها أو رجلها فقتلته فعليه الدية والكفارة لان الراكب مباشر للقتل فيما أوطأت دابته والمباشرة فى ملكه وغير ملكه سواء فى ايجاب الضمان عليه كالرمى فان من رمى فى ملكه فاصاب انسانا كان عليه ضمانه كذا فى المبسوط (قوله وقيل الضمان عليهما) لان كل ذلك سبب الضمان ذكر محمد رحمه الله فى الاصل ان الراكب اذا أمر آخر بنخس الدابة فاوطأت انسانا كان الضمان عليهما وعلل فقال لان الناخس سائق والآمر راكبه فقد تبين بما ذكر ان الراكب والسائق فى ضمان ماوطئت الدابة يشتركان ولا يختص به الراكب (قوله واذا اصطدم فارسان) ذكر الفارس ليس بقيد فالحكم فى اصطدام الماشيين وموتهما به كذلك ذكره فى المبسوط (قوله كالماشى اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شئ من دمه) يعنى اذا مات بالوقوع فى البئر مع ان البئر بنفسها فى قارعة الطريق ليست بسبب لموته بل البئر مع المشى اليها سبب للموت والمعنى فيه أيضا هو ان كل واحد منهما مدفوع بصاحبه فكأنه أوقعه من الدابة بيده وهذا لان دفع صاحبه

وفيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أيضا رجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني أن ما ذكرتم قياس والقياس لم يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول أن ما ذكره منقوض بالواقع في البئر بمشيه فيكون فاسدا وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله (وفيما ذكر)

جواب عن المسائل المذكورة في جهتها وذلك لان الفعل لما كان محظورا

كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفائدة فسقط ايجابه الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية وأما فيما نحن فيه فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في حق نفسه أصلا فكان صاحبه قاتلاله من غير معارضة أحدله في قتله فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر وان كان السقوط بالحفر والمشي جميعا لكن لما كان المشي مباحا لم يعتبر وقوله (هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا) أي وجوب تنصيف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطا الدية الكاملة على ماذكر في الكتاب الا أنه ذكر الخطا في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم وقوله (فيأخذها) أي قيمة العبد ورثة المقتول الحر قيل ينبغي أن تسقط عن العاقلة لان الدية أولا تثبت للميت لامحالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون ههنا موجب جنايته فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة تسقط عنهم كما قلنا في امرأة قطعت

انقلب على غيره وروى عن على رضي الله عنه انه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان أصل أبي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي

في الكتاب بقوله واذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فان الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره في المبسوط سوى ان موت المصطدمين في الغالب انما يكون في الفارسين اه وقال في العناية أخذا من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر اه وقال في معراج الدراية وكذا الحكم اذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاقي أو بحسب الغالب اه وتبعه الشارح العيني أقول عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين نيرا فان الباب الذي نحن فيه باب جناية البهيمة والجناية عليها ولا يخفى ان اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شئ فكان خارجا من مسائل هذا الباب (قوله وروى عن على رضي الله عنه انه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا) قال في العناية أخذا من شرح تاج

اياه علة معتبرة لا تلافه في الحكم فاما قوة المصدوم فلا تصلح ان تكون علة معارضة لدفع الصادم فهو بمنزلة من وقع في بئر حفرها رجل في الطريق يجب الضمان على الحافر وان كان لولا مشيه وثقله في نفسه لما هوى في البئر (قوله فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا) فان قيل فالقياس لا يصلح مرجحا لانه علة تثبت به الحكم والترجيح انما يكون بما ليس بعلة قلنا معناه فتعارضت روايتاه فتساقطت فرجحنا وانما بما ذكرنا من الدليل أو نقول القياس انما يكون علة عند عدم النص فاما عند وجود النص فلا يصير علة وههنا النص موجود فاذا لم يصر علة يصح الترجيح به أو نقول ما روى انه أوجب النصف محمول على ما اذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضا (قوله هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا) أي يجب نصف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطا يجب الدية الكاملة على ماذكر في الكتاب خلا أنه ذكر الخطا في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم (قوله وكذا في العمد) ههنا بمنزلة الخطا (قوله ففي الخطا تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد) لان كل واحد منهما صار قاتلا لصاحبه فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد ثم قد تلف العبد الجاني وأخلف بدلا فيكون بدله لورثة المجني عليه وهو الحر لان القيمة التي دفعها عاقلة الحر صار بدلا عن العبد فيأخذها ورثة الحر بجهة كونه مقتولا لا بجهة كون الحر قاتلا ولا يرد على هذا ما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها المقطوع على اليد فان عاقلتها يسقط عنهم الضمان لان عاقلتها كانوا يتحملون عنها فاذا تزوجها المقطوع ولم يسقط الضمان عن العاقلة لكان الضمان عليهم واجبا لها فلا يصح ان يتحملوا عنها ضامنين لها فاما ههنا فان العاقلة يتحملون عن الحر باعتبار كونه المقتول

يد رجل خطا فتزوجها على اليد وما يحدث منه فان الدية تصير مهرا وتسقط عن العاقلة وأجيب بان السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجاني وههنا الراجع وارثه فبالنظر الى أن المستحق أولا هو الجاني يسقط وبالنظر الى أن الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالشك والباقي واضح

وقوله (لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء) يعني السرج وسائر الادوات كما في المحمول على عاتقه اذا وقع على شئ فأتلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله (على ما مر من قبل) أي في باب ما يحدثه الرجل في

الطريق وقوله (ومن قاد قطارا)

القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح قال (وان ربط رجل بعيرا الى القطار الخ) رجل ربط بعيرا الى قطار يقوده رجل فاما أن يعلم بربطه القائد أو لم يعلم فان كان الثاني وقد وطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لامكان تحرزه عن ربط الغير فاذا ترك ذلك صار متسببا متعديا والدية في مثله على العاقلة كما في القتل الخطا ثم ترجع عاقلة القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في رواية المبسوط ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير ووفق الامام المحبوبي رحمه الله بينهما بانه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان فانه في الحقيقة على القائد والرابط الا أن العواقل تعقل عنهما واعتبر في الجامع الصغير حال الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا الان القائد حين علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشئ ولم يذكره لظهوره وقوله (وانما لا يجب الضمان عليهما ابتداء) ظاهر

المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة قال (ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها) لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان الا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله (وان كان معه سائق فالضمان عليهما) لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل أما اذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال (وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية) لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطا (ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط) لانه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه أمر بالقود دلالة فاذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط أما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع

الشرع يعة فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أيضا رجح جانبه بما ذكره من المعنى والثاني أن ما ذكرتم

قاتلا ثم يأخذه الورثة بجهة كون الحر مقتولا (قوله بخلاف الرداء) يعني اذا كان لابسا رداء فسقط عنه وعطف به انسان أو غيره لا ضمان عليه لان اللباس تبع اللابس ولو تعثر اللابس فسقط على الطريق ثم تعثر به انسان لم يكن ضامنا له كذا اذا سقط رداؤه أو منديله لان الانسان لا يقصد حفظ اللباس ولا يمكنه ان يمشي عريانا وما لا يستطاع الامتناع عنه يجعل عفوا (قوله على ما مر من قبل) أي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق (قوله وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل) أي يمشي في جانب من القطار لا يتقدم ولا يتأخر ولا يأخذ بزمام بعير (قوله وأما اذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد) قيد التوسط بأخذ الزمام لانه اذا لم يأخذ الزمام فهو سائق للكل أو قائد لانه ان كان يكون احيانا وسطها واحيانا يتقدم واحيانا يتأخر ولو كان رجل راكبا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيئا لم يضمن فيما يصيب الابل التي بين يديه لانه ليس بسائق لما بين يديه ولكن هو معهم في الضمان فيما أصاب البعير الذي هو عليه وما خلفه أما في البعير الذي هو عليه لانه راكب وأما فيما خلفه فلانه قائد لما خلفه لان زمام ما خلفه مربوط ببعيره وقال بعض المتأخرين هذا اذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده وأما اذا كان هو نائما على بعيره أو قاعدا لا يفعل شيئا يكون به قائدا لما خلفه فلا ضمان عليه في ذلك وهو في حق ما خلفه بمنزلة المتاع الموضوع على بعير كذا في المبسوط (قوله والقائد لا يعلم به) قيد به ليبتني عليه قوله ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه اذا علم لا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط (قوله وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء) أي القائد والرابط بطريق الشركة اذ كل منهما مسبب أي مع ان كلا منهما مسبب وهذا يوجب الاشتراك في الضمان (قوله ضمنها القائد) أي بلا رجوع قال الامام المحبوبي قال الامام الزاهد أبو بكر عبد الرحمن وشمس الائمة الحلواني رحمهما الله وهذا اذا ربط الجمل والابل تسير فان

وقوله (قالوا) يعني أن لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشايخ رحمهم الله قالوا هذا أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار يسير أما اذا ربط والابل قيام ثم قادها فانه يضمنها القائد بلا رجوع على أحد والوجه ماذكره في الكتاب

ب

بما لحقه عليه قال (ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت فى فورها يضمنه) لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق قال (ولو أرسل طيرا وساقه فاصاب فى فوره لم يضمن) والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو أرسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق أن البهيمة مختارة فى فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة الا أن الحاجة مست فى الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة فى حق ضمان العدوان وروى عن أبى يوسف انه أوجب الضمان فى هذا كله احتياطا صيانة لاموال الناس قال رضى الله عنه وذكر فى المبسوط اذا أرسل دابة فى طريق المسلمين فاصابت فى فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال فى الاصطياد ثم سارت فاخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافى مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال

قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول أن ماذكره منقوض بالواقع فى البئر بمشيه فيكون فاسدا وعن الثانى أن القياس فى مقابلة النص لا يصلح حجة اهـ أقول أن الجواب عن الثانى بما ذكر ليس بشئ لان القياس انما لا يصلح حجة فى مقابلة النص اذا لم يكن ذلك النص متروك العمل به بان عارضه نص آخر وأما اذا كان متروك العمل به بان عارضه نص آخر وتساقطا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة فى مقابلته قطعا ألا يرى الى ما تقرر فى أصول الفقه أن الدليلين اذا تعارضا وتساقطا يصار من الكتاب الى السنة ومن السنة الى القياس وقول الصحابى ان أمكن ذلك ولو كان القياس لا يصلح فيه حجة فى مقابلة النص الذى ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط الى القياس اذ يكون القياس اذ ذاك فى مقابلة السنة لا محالة والصواب فى الجواب عن الثانى أن يقال مراد المصنف بقوله فرجحنا بما ذكرنا انا رجحنا قولنا بما ذكرناه من المعقول الذى مآله القياس بعد أن تعارضت روايتاه لا أنا رجحنا احدى الروايتين بما ذكرناه من الدليل العقلى حتى يتجه عليه أن ما يصلح حجة لا يصلح مرجحا بقى ههنا شئ وهو

ربط والابل واقفة ثم قاد القائد الابل لا شئ على الرابط لان ربط الجمل بالقطار جناية وانما واقعة فى الطريق وحين سار بها القائد فقد زالت هذه الجناية بقود القائد فبرأ عن موجبها كمن وضع حجرا على قارعة الطريق ثم جاء انسان وحول الحجر من ذلك الموضع الى موضع آخر لم يكن على الواضع الاول شئ ان تعقل به انسان لان وضعه الحجر جناية ولكن لما حوله غيره عن مكانه زالت جنايته بفعل الواضع الثانى فبرأ الاول كذا ههنا (قوله ومن أرسل بهيمة) يريد بها كلبا وكان لها سائقا أراد بالسوق أن يمشى خلفه (قوله وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لا يضمن) يعنى وان أصاب الكلب شيئا فى فور الارسال لا يضمن المرسل (قوله وذكر فى المبسوط اذا أرسل دابة فى طريق المسلمين فاصابت شيئا فى فورها فالمرسل ضامن) قال الصدر الشهيد رحمه الله وعليه الفتوى وفى النهاية وان كان أصاب الكلب شيئا فى فور الارسال لا يضمن المرسل بخلاف الدابة حتى قالوا اذا أرسل كلبا أو دابة فاصاب فى فوره شيئا يضمن فى الدابة دون الكلب والطير (قوله الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه) أى سوى طريق اليمنة أو اليسرة بان كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسال أيضا كما لو لم ينعطف يمنة أو يسرة (قوله وكذا اذا وقفت ثم سارت) أى الدابة (قوله بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال فى الاصطياد) أى الكلب المعلم وأمثاله فان هناك بوقوفه لا ينقطع حكم الارسال حتى حل ما قتله من الصيود ولو انقطع حكم الارسال لما حل كما لو قتله هو بنفسه من غير الارسال فلما كانت وقفة الكلب تحقق مقصود المرسل الذى هو أخذ الصيد كان لو هذه الوقفة حكم السير فلم ينقطع حكم الارسال لذلك (قوله وهذه تنافى مقصود المرسل) أى هذه الوقفة التى هى وقفة

وقوله (ومن أرسل بهيمة) يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو أرسل كلبا ومعنى سوقه اياه أن يمشى خلفه (ولو أرسل طيرا) أى بازيا وساقه فاصاب فى فوره بان قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل السائق لعدم اعتبار السوق والارسال فيه فى حق الضمان حتى لو كان ذلك فى الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شئ وقوله (انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق سواه) أى سوى طريق اليمنى واليسرى بان كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسال كما لو لم ينعطف يمنة ويسرة وقوله (وكذلك اذا وقفت ثم سارت) أى ينقطع حكم الارسال وقوله (وهذه) أى وقفة الدابة تنافى مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف

(قوله بان كان على الجادة ماء أو وحل الخ) أقول فيه بحث

وبخلاف

وقوله (وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقفت لان حكمها مخالف لحكم أصل المسئلة وتبين به الفرق بين الارسالين كما بين بقوله بخلاف ما اذا وقفت الفرق بين الوقفتين وقوله (على فوره) أى فور الارسال وهو أن لا تميل يمينا ولا شمالا وقوله (لما مر) اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال وقوله (قال محمد رحمه الله هى المنفلتة) أى العجماء التى أهدر النبى صلى الله عليه وسلم فعلها هى المنفلتة لا

وبخلاف ما اذا أرسله الى صيد فاصاب نفسا أو مالا فى فوره لا يضمنه من أرسله وفى الارسال فى الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه أما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدى قال (ولو أرسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا أو شمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا لا ضمان على صاحبها) لقوله عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار وقال محمد رحمه الله هى المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال (شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها) لان المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان (وفى

انهم صرحوا بان ماذكره زفر والشافعى جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان واذا تعارضت الروايتان عن على رضى الله عنه وتساقطتا فكان مصيرنا فى اثبات قولنا الى ماذكرناه من المعقول الذى مآله القياس لزم أن يكون ما قلناه جواب القياس أيضا فما معنى قولهم أنه جواب الاستحسان والجواب أن الاستحسان لا ينحصر فى النص بل قد يكون بالنص كما فى السلم والاجارة وبقاء الصوم فى النسيان وقد يكون بالاجماع كما فى الاستصناع وقد يكون بالضرورة كما فى طهارة الحياض والآبار وقد يكون بالقياس الخفى وهو الاكثر كما صرح بذلك كله فى كتب الاصول فالمراد بالاستحسان فى قولهم هنا وما قلناه جواب الاستحسان هو القياس الخفى المقابل للقياس الجلى فلا اشكال (قوله أما الارسال للاصطياد فمباح) قال بعض الفضلاء نعم الا أنه لم لا يكون مقيدا بشرط السلامة اهـ أقول جوابه يظهر بقول المصنف رحمه الله ولا تسبيب الا بوصف التعدى فان كون الفعل المباح مقيدا بشرط السلامة انما هو فيما وجد فيه التعدى كما فى المرور فى طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذى هو حق العامة وأما فيما لا يوجد فيه التعدى كما فى الارسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة لان الضمان فى أمثال ذلك انما يتصور بالتسبيب ولا تسبيب الا بوصف التعدى وحيث لم يوجد التعدى لم يتصور التسبيب فلا ضمان أصلا وقد أوضح الفرق بين ارسال الدابة فى الطريق وبين ارسال الكلب أو البازى للاصطياد فى الذخيرة حيث قال وجه الفرق ان ارسال الدابة فى الطريق اذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعد من صاحبه فما تولد منه يكون مضمونا عليه وأما ارسال الكلب أو البازى من غير اتباع معه فليس بتعد منه لانه لا يمكنه الاتباع والمتسبب فى الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعديا اهـ تبصر (قوله ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته) وهى

الدابة والمراد بها الفرس أو البعير وأمثالهما ينافى مقصود المرسل الذى هو السير (قوله وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقفت لان حكمها مخالف لحكم أصل المسئلة ثم فى قوله وبخلاف ما اذا أرسله الى صيد الى آخره ذكر الفرق بين الارسالين كما أنه فى قوله بخلاف ما اذا وقفت ذكر الفرق بين الوقفتين وقال فى الذخيرة والفرق بين ارسال الدابة وبين الكلب والبازى هو ان ارسال الدابة فى الطريق اذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعد من صاحبه فما تولد منه يكون مضمونا عليه فاما ارسال الكلب والبازى من غير اتباع معه ليس بتعد منه لانه لا يمكنه الاتباع والمسبب فى الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعديا (قوله فافسدت زرعا على فوره) أى فور الارسال وهو ان لا تميل يمينا وشمالا (قوله وقال محمد رحمه الله هى المنفلتة) أى العجماء التى أهدر النبى عليه السلام فعلها هى المنفلتة احترز بالتفسير عن المرسلة اذا أفسدت فى فور الارسال (قوله شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها) هذا هو الحكم فى كل شاة والقصاب ليس بقيد وكذلك

التى أرسلت فان افسادها اذا كان فى فور الارسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفا فكان تفسيره احترازا عن الاجراء على عمومه وقوله (من الارسال واخواته) يعنى السوق والقود والركوب قال فى النهاية كان من حق الكلام أن يقول من الارسال وامثاله أو يقول من الارسال وأخواتها بتاويل الكلمة اذا لسوق والقود لما كان أختا لا أخا للارسال كان الارسال أختا أيضا والا يلزم جعل بعض أسباب التعدى أخا وبعضها أختا من غير دليل وليس بشئ لانه ليس ههنا مؤنث معنوى خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك قال (شاة لقصاب فقئت عينها) الجزر القطع وجزر الجزور نحرها والجزور ما أعد من الابل للنحر يقع على الذكر والانثى وهى مؤنث وانما قال وجزوره ربع القيمة ولم يقل وبعيره ليتبين أن البقر والابل وان أعد للحم كالشاة لا يختلف الجواب فيهما بل سواء كانا معدين للحم أو للحرث والحمل والركوب ففيهما ربع القيمة

كما فى الذى لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعى رحمه الله فيه النقصان واعتباره

قال المصنف (أما الارسال للاصطياد فمباح) أقول نعم الا أنه لم لا يكون مقيدا بشرط السلامة (قوله أو يقول من الارسال وأخواتها بتاويل الكلمة) أقول الاظهر بتاويل الفعلة اذ ليس المراد بالارسال وأخواتها الالفاظ بل معانيها (قوله والركوب) أقول البقر ما تطلقت للركوب والحمل الا أن يقال لا قائل بالفصل بين البقر والابل

بالشاة عمل بالظاهر ولنا ماروى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب ذلك وروى عن عمر رضى الله عنه انه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب أن المعنى

الذى أوجب ذلك فى غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود فى مأكول اللحم فيلحق به وقوله (ولان فيها مقاصد سوى اللحم) دليل معقول على ذلك وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم وفقء العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المالية وقوله (ولانه انما يمكن اقامة العمل بها) دليل آخر وهو أيضا واضح لكن الاعتماد على الاول الا ترى ان العينين لا يضمنان بنصف القيمة كذا قاله فخر الاسلام رحمه الله وانما قال ذلك لان المعمول به فى هذا الباب النص وهو ورد فى عين واحدة فيقتصر عليه وقوله (أو نخسها) يعنى بغير اذن الراكب والنخس هو الطعن ومنه نخاس الدواب دلالها فان قيل القياس يقتضى أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا وان لم يكن متعديا لان التعدى ليس من شرطه فان لم يختص به فلا أقل من الشركة فالجواب أن القياس يترك بالاثر وفيه أثر عمر وابن مسعود رضى الله عنهما وقد أشار المصنف

عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا فى عين الحمار والبغل والفرس) وقال الشافعى فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة ولنا ماروى ان النبى عليه الصلاة والسلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضى الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمى وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمى فى ايجاب الربع وبالشبه الآخر فى نفى النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات احداها قال (ومن سار على دابة فى الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) هو المروى عن

السوق والقود والركوب كذا فى عامة الشروح وقال فى النهاية بعد بيانها على النمط المزبور وكان من حق اللفظ أن يقول من الارسال وأمثاله أو يقول من الارسال وأخواتها بتأويل الكلمة اذا السوق أو القود لما كان أختا لا أخا للارسال كان الارسال أختا أيضا والا يلزم جعل بعض أسباب التعدى أخا وبعضها أختا من غير دليل اهـ وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس بشئ لانه ليس هنا مؤنث معنوى خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك اهـ أقول ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية فانه لم يقل كان من حق اللفظ أن يؤتى باداة التانيث البتة حتى يقال ليس هنا مؤنث معنوى يقتضى الاتيان باداة التانيث بل قال كان حقه أن يجعل أسباب التعدى فى قرن واحد من التذكير والتانيث بان يقال من الارسال وأمثاله أو يقال من الارسال وأخواتها والا يلزم جعل بعضها مذكرا وبعضها مؤنثا من غير أمر يدعو اليه وماذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لا محالة ثم أقول الوجه فى دفع ذلك أن يقال لما جاز تذكير كل واحد من تلك الاسباب باعتبار ما فى ظاهر لفظ كل واحد منها وفى معناه من التذكير وجاز تانيث كل واحد منها بتاويل لفظه بالكلمة أو تاويل معناه بالفعلة صح فى كل واحد منها الوجهان ثم ان المصنف لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهى الجمع بين المتضادين كما فى قوله تعالى ولكم فى القصاص حياة على ماعرف ذكر بعض تلك الاسباب وأنث بعضها فقال من الارسال وأخواته تدبر تقف (قوله ولنا ماروى أن النبى عليه الصلاة والسلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة) قال فى العناية فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذى أوجب ذلك فى غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود فى مأكول اللحم فيلحق به اهـ أقول فى الجواب نظر اذ للمانع أن يمنع ان المعنى الذى أوجب ذلك فى غير مأكول اللحم تلك الامور المذكورة وحدها لجواز كون أن لا يقصد منه اللحم أصلا كما يقصد ذلك من الشاة داخلا فى كون ذلك المعنى أيضا وهو غير موجود فى مأكول اللحم اذ قد يقصد منه اللحم كما تقصد تلك الامور المذكورة أيضا فلا يتم الالحاق كما لا يخفى (قوله ولان فيها مقاصد سوى اللحم الخ) أقول فيه كلام أما أولا فلان هذا

الجزار أيضا ليس بقيد والحكم فى كل بقرة وبعير كالحكم فى بقرة الجزار وجزوره وهو ربع القيمة فى العين الواحدة منهما والنقصان فى الشاة وانما وضع المسئلة فى بقرة الجزار وجزوره لئلا يتوهم انهما معدان للحم فيكون حكمهما حكم الشاة (قوله فعملنا بالشبهين) بشبه الآدمى فى ايجاب الربع من حيث أوجبنا المقدر من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر فى نفى النصف فوجب نصف التقدير الواجب عملا بهما وذكر الامام التمرتاشى وقيل لو فقأ الاخرى أو فقأهما معا يجب القيمتان سلم الجثة وفى جامع أبى بكر رحمه الله فقأ عينى الدابة فصاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة وان شاء أمسكها وضمن النقصان وهذا لان المعمول فى هذا الباب النص والنص ورد فى عين واحدة فيقتصر عليه (قوله كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه) أى من الاثر والمعقول

(قوله والجمال والعمل موجود الخ) أقول فيه بحث (قوله فان قيل القياس يقتضى أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا) أقول ممنوع بل سبب هنا ويجوز أن يقال أشار الى هذا الشارح بقوله ان فرض مباشرا

رحمه الله الى الجواب بقوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس لان فعل الراكب قد انتقل الى الدابة لان الوثبة المهلكة انما كانت منها فكان مضطرا فى حركته وفعل الدابة قد انتقل الى الناخس لكونه الحامل لها على ذلك محنثا فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على ما فعل فى الدابة والمدفوع الى الشئ وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما فى الاكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشرا ولا التسبيب أيضا لانه يعتمد التعدى وهو مفقود فان قيل ما بال النفحة أوجبت الضمان على الناخس دون الراكب والسائق أيضا عند أكثر المشايخ رحمهم الله وهى مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب انها لا توجبه على السائق اذا كان بالاذن وههنا بلا اذن فلو نخس وهو مأذون كان سائقا وامكان التحرز انما يمكن فى حق غير المتعدى وغير المأذون بذلك متعد فلا يعتبر وقوله (ولان الناخس متعد فى تسبيبه) دليل آخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدى ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا أتلفت بالوطء لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا فى ذلك وانما هو فى النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجح الناخس فى التغريم للتعدى وفى استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه اعتبر موجبا فى التغريم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان وفى النهاية هو قوله لانه متعد فى تسبيبه وليس بشئ فتامل وقوله (والواقف فى ملكه والذى يسير فى ذلك سواء) يعنى يجب الضمان على الناخس فى كل حال وقيد بملكه احترازا عما تقدم من الايقاف فى غير الملك فانه يتنصف الضمان هنالك على عاقلتهما

عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كأنه فعله بيده ولان الناخس متعد فى تسبيبه والراكب فى فعله غير متعد فيترجح جانبه فى التغريم للتعدى حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد فى الايقاف أيضا قال (وان نفحت الناخس كان دمه هدرا) لانه بمنزلة الجانى على نفسه (وان القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس) لانه متعد فى تسبيبه وفيه الدية على العاقلة قال (ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) لما بيناه والواقف فى ملكه والذى يسير فى ذلك سواء وعن أبى يوسف

الدليل لا يتمشى فى غير مأكول اللحم كالحمار والبغل والفرس بل هو بحكم انعكاسه يقتضى أن يكون الجواب فى غير مأكول اللحم غير الجواب فى مأكول اللحم مع ان الجواب فيهما متحد وان كلا منهما داخل فى المدعى هنا وأما ثانيا فلان قوله بشبه الآدمى فى ايجاب الربع يعنى عملنا بشبه الآدمى فى ايجاب الربع ليس بواضح لان شبه الآدمى لا يقتضى ايجاب الربع بل يقتضى ايجاب النصف لان الواجب فى الآدمى فى الجناية المزبورة هو النصف وانما المقتضى لايجاب الربع مجموع الشبهين كيف ولو كان المقتضى لايجاب الربع شبه الآدمى فقط لما احتيج الى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى فالظاهر فى الاداء أن يقال فعملنا بالشبهين بشبه الآدمى فى ايجاب المقدر من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر فى نفى النصف الواجب فى عين الآدمى فوجب الربع عملا بهما وقد أشار اليه صاحب الكافى حيث قال فاشبه الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب فى الانسان عملا بهما اهـ نعم مراد المصنف أيضا هذا المعنى لكن عبارته لا تساعده كما ترى (قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده) أقول يرد عليه ماذكره فيما مر فى مسئلة السائق والقائد جوابا عن الشافعى بقوله وانتقال الفعل بتخويف القتل كما فى المكره وهذا تخويف بالضرب بوجه الورود غير خاف على الفطن الناظر فى المقامين (قوله ولان الناخس متعد فى تسبيبه والراكب فى فعله غير متعد فيترجح جانبه فى التغريم للتعدى) قال صاحب العناية فيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدى ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا تلف بالوطء لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام هنا فى ذلك وانما هو فى النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجح الناخس فى التغريم للتعدى اهـ كلامه أقول فى الجواب نظر لان حاصله اختيار الشق الاول من الترديد ومنع كون الراكب مباشرا فيما نحن فيه فيصير حينئذ مدار هذا الدليل أن يكون فعل الراكب معتبرا فيلزم أن يكون مضمون هذا الدليل منافيا لمضمون الدليل المتقدم عليه لان

(قوله والواقف فى ملكه والذى يسير فى ذلك سواء) أى يجب الضمان على الناخس فى كل حال لان الوقوف فى

قال المصنف (فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعل بيده) أقول مخالف لما أسلفه فى هذا الباب مجيبا عن الشافعى وانتقال الفعل بتخويف القتل كما فى المكره وهذا تخويف بالضرب تامل (قوله ههنا تسامح لان شرطه الخ) أقول أى شرط سببية فعل الراكب للضمان وهو التعدى والضمير راجع الى فعل الراكب والشرط ليس شرطا له نفسه بل لاعتباره فى التغريم فيؤول المعنى الى ماذكرنا (قوله لا يصلح معارضا) أقول أى لا يصلح فعل الراكب معارضا لفعل الناخس (قوله ولعل معناه الخ) أقول فيه بحث (قوله وليس بشئ فتامل) أقول لورود النظر المذكور آنفا

وقوله (والثانى) أى الوطء (مضاف الى الناخس) لانه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ماوطئته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن أبى يوسف رحمهما الله وقوله (مضاف اليهما) أى الى الراكب والناخس وفى بعض النسخ اليها أى الى النخسة وقوله (ولا يتناوله من حيث أنه اتلاف) لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضرورانه وقوله (يقتصر عليه) أى على الناخس لان الراكب أذن له بالسوق لا بالايطاء والاتلاف وقوله (والركوب وان كان علة) جواب سؤال تقريره الراكب صاحب علة للوطء على معنى أنه يستعمل رجل الدابة فى الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط فى حق فعل الوطء والاضافة الى العلة أولى ووجهه أن الركوب وان كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتاخره عن الركوب بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء فكان الوطء ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لذلك بما ذكر فى الكتاب وهو واضح وقوله (وصار كما اذا أمر صبيا يستمسك) انما قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان على أحد أما على الصبى فلان مسكه بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه وأما على الرجل فلانه لم يسيرها واذا لم يضف سيرها الى أحد كانت منفلتة وفعلها جبار

أنه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثانى مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه فى نفحتها لانه أمره بما يملكه اذ النخس فى معنى السوق فصح أمره به وانتقل اليه لمعنى الامر قال (ولو وطئت رجلا فى سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعا اذا كانت فى فورها الذى نخسها) لان سيرها فى تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث أنه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع فى بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن فى الايطاء لانه فعله بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما أراه لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا أمر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة

مداره أن لا يكون فعل الراكب معتبرا لكونه مدفوعا بدفع الناخس فيتدافعان اللهم الا أن يحمل أحدهما على الفرض والآخر على التحقيق فتأمل (قوله وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه فى نفحتها لانه أمره بما يملكه اذ النخس فى معنى السوق فيصح أمره به وانتقل اليه لمعنى الامر) أقول لقائل أن يقول هب ان النخس فى معنى السوق وان الراكب كان يملكه فامر الناخس به لكن الامر به انما يتناوله من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف كما سيجىء التصريح به فى المسئلة الآتية فمن حيث انه اتلاف ينبغى أن يقتصر على الناخس ولا ينتقل الى الراكب فيجب على الناخس الضمان لتعديه فى الاتلاف كما فى المسئلة الآتية فتفكر فى الفرق ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ولو وطئت رجلا فى سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت فى فورها الذى نخسها لان سيرها فى تلك الحالة مضاف اليهما) أقول ولقائل أن يقول الراكب مباشر فيما أتلف بالوطء لحصول التلف بثقله وثقل الدابة جميعا كما صرحوا به والناخس مسبب كما مر فى الكتاب واذا اجتمع المباشر والمسبب فالاضافة الى المباشر أولى كما صرحوا به سيما فى مسئلة الراكب والسائق فما بالهم جزموا هنا باضافة الفعل الى الراكب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعا فتدبر (قوله والاذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه) قال فى النهاية أى يقتصر الضمان على الناخس أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ مقتضى هذا الوجه وهو حيثية كون فعل الناخس اتلافا أن يكون الناخس متعديا بكونه مسببا لجناية الدابة ولا يلزم منه أن لا يوجد هنالك مسبب آخر أو مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد وجد فى مسئلتنا فان الراكب فيها مباشر ولا أقل من أن يكون أيضا مسببا فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة فالصواب أن مراد المصنف بقوله فمن هذا الوجه يقتصر عليه أى فمن هذا الوجه يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس أى لا ينتقل الى الآمر وهو الراكب كما ينتقل اليه من وجه آخر وهو حيثية كونه سوقا كما فى المسئلة الاولى فحينئذ ينتظم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوى

ملكه ليس بتعد كالسير فيه بخلاف الوقوف فى الطريق فانه تعد ولهذا يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد فى الايقاف أيضا وروى ابن سماعة عن أبى يوسف رحمهما الله أنه اذا أوطأت رجلا فالدية على الراكب والناخس نصفين لانه انما تلف بثقل الراكب ووطء الدابة ووطء الدابة مضاف الى الناخس فيضمنان (قوله كما اذا أمر صبيا يستمسك) قيد الصبى بانه يستمسك على الدابة لانه اذا لم يكن مستمسكا على الدابة لا ضمان على أحد وفى الذخيرة فى فصل القسامة وان كان الصبى ممن لا يستمسك عليها ولا يسير الدابة وقد حمله الرجل

قال المصنف (اذا كانت فى فورها الذى نخسها) أقول قوله الذى بدل من الضمير المضاف اليه وتذكير اسم الموصول بنوع تأويل أو صفة له على مذهب الكسائى

الصبى

الصبى فانهم لا يرجعون على الآمر لانه أمره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء فى فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن فى فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقى السوق مضافا الى الراكب على الكمال (ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت فى فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره) لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان فى رقبته وان كان صبيا ففى ماله لانهم مؤاخذان بافعالهما (ولو نخسها شئ منصوب فى الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشئ) لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كأنه نخسها بفعله والله أعلم

الافهام (قوله والناخس اذا كان عبدا فالضمان فى رقبته) قال فى العناية قوله والناخس اذا كان عبدا يعنى ونخس بغير اذن الراكب فالضمان فى رقبته يدفع بها أو يفدى اهـ وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء فى فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفى عنق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يفديه على ما صرحوا به اذا كان النخس باذن الراكب اهـ أقول بحثه ساقط فان مراد صاحب العناية ان جواب هذه المسئلة على وجه الاطلاق من غير تفصيل كما ذكر فى الكتاب انما هو فيما اذا نخس بغير اذن الراكب لانه لا يتصور كون الضمان فى رقبته فى شئ من الصور الا اذا كان نخس بغير اذن الراكب لا أنه يتصور حتى يتجه عليه ان فى صورة التلف بالوطء فى فور النخس يجب على عاقلة الراكب نصف الدية وفى رقبة العبد نصفها اذا كان النخس باذن الراكب كما صرحوا به ويرشد الى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه ان صاحب النهاية وغيره قالوا فى شرح قول المصنف والناخس اذا كان عبدا فالضمان فى رقبته هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب وأما اذا نخسه باذن الراكب فلا يخلو اما ان كانت من الدابة نفحة أو وطء فقد ذكر حكمها فى المبسوط وقال اذا كان الرجل يسير فى الطريق فامر عبد الغير فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المامور كفعل الآمر عبدا كان المامور أو حرا وان وطئت فى فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفى عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة

والدابة واقفة ثم سارت فاوطات انسانا أو أفسدت متاعا فانه لا يجب ضمان ذلك على الصبى ولا على الذى حمل الصبى على الدابة أما لا ضمان على الصبى لان الصبى اذا كان ممن لا يسير الدابة فسير الدابة لا يكون مضافا الى الصبى فيكون الصبى عليها بمنزلة الحمل على الدابة وأما لا يجب الضمان على الرجل لان الرجل لم يسير الدابة واذا لم يجز أن يضاف سير الدابة الى واحد منهما كانت سائرة باختيارها فكانت منفلتة وما أصابت منفلتة فهو هدر (قوله والناخس اذا كان عبدا فالضمان فى رقبته) أى يدفع بها أو يفدى هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب وأما اذا نخسه باذن الراكب فلا يخلو اما ان كانت من الدابة نفحة أو وطء ذكر فى المبسوط وأما اذا كان الرجل يسير فى الطريق فامر عبد الغير فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المأمور كفعل الآمر عبدا كان المامور أو حرا فان وطئت فى فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفى عنق العبد نصف الديه يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب الا أن المولى يرجع على الآمر بالاقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه فى نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له وكذلك لو أمره بسوق الدابة أو بقودها ولو كان الراكب عبدا فامر عبدا آخر فساق دابته فاوطات انسانا فقتلته فالدية فى أعناقهما نصفين يدفعان أو يفديان بمنزلة السائق مع الراكب ولا شئ على الراكب لمولى العبد المامور اذا كان الراكب محجورا عليه حتى يعتق لان سبب وجوب هذا الضمان استعماله اياه بالقول والمحجور لا يؤاخذ بضمان القول حتى يعتق فاذا أعتق كان عليه قيمة المامور لمولاه فان كان تاجرا أو مكاتبا فهو دين فى عنقه لانه مؤاخذ بضمان القول فى الحال (قوله وان كان صبيا ففى ماله) قال العلامة النسفى رحمه الله فى الكافى يحتمل أن يراد به اذا كانت الجناية على

وقوله (والناخس اذا كان عبدا) يعنى ونخس بغير اذن الراكب فالضمان فى رقبته يدفع بها أو يفدى والباقى ظاهر الى آخره والله أعلم

(قوله يعنى ونخس بغير اذن الراكب الخ) أقول فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء فى فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفى عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه على ما صرحوا به اذا كان النخس باذن الراكب قال العلامة الكاكى الا أن المولى يرجع على الآمر بالاقل من قيمة العبد ونصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه فى نخس الدابة واذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع على المستعمل له اهـ

(باب جناية المملوك والجناية عليه) لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع فى بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد وأخره لانحطاط رتبته عن رتبته لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم ملاك قال (واذا جنى العبد جناية خطا) اعلم أن التقييد بالخطا هنا مفيد فى الجناية فى النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص وأما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطا العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال فى الحالين اذ القصاص لا يجرى بين العبد والعبد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس وقوله (قيل لمولاه اما تدفعه بها أو تفديه) يعنى بعد الاستيفاء فانه لا يقضى على المولى بشئ فى ذلك حتى يبرئ المجنى عليه اعتبارا لجناية العبد بجناية الحر وقد بينا أنه يستأنى فى جنايه الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدمها والقضاء قبل الاستيفاء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله (وفائدة الاختلاف فى اتباع الجانى بعد العتق) فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجنى عليه بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا للفداء وقوله (والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم) فعن ابن عباس رضى الله عنهما مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روى عن على ومعاذ بن جبل رضى الله عنهما وغيرهما وروى عن على رضى الله عنه مثل مذهبه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم فى قيمتهم أى فى أثمانهم لان الثمن قيمة العبد

(باب فى جناية المملوك والجناية عليه)

قال (واذا جنى العبد جناية خطا قيل لمولاه اما أن تدفعه بها أو تفديه) وقال الشافعى جنايته فى رقبته يباع فيها الا أن يقضى المولى الارش وفائدة الاختلاف فى اتباع الجانى بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم له أن الاصل فى موجب الجناية أن يجب على المتلف لانه هو الجانى الا أن العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة

السائق مع الراكب الا أن المولى يرجع على الآخر بالاقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه فى نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له اه تامل

(باب جناية المملوك والجناية عليه)

لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع فى بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد وأخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كذا فى الشروح أقول فيه شئ وهو ان لقائل أن يقول ما وقع الفراغ من بيان أحكام جناية الحر مطلقا بل بقى منه بيان حكم جناية الحر على العبد وهو انما يتبين فى هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان أحكام الجناية على الحر مطلقا بل بقى منه بيان حكم جناية العبد على الحر وهو أيضا انما يتبين فى هذا الباب فالاظهر أن يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع فى بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب أخره لانحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم ملاك اه أقول فيه أيضا شئ اذ لقائل أن يقول ان أراد ان جناية البهيمة كانت البتة باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فان جنايتها بطريق النفحة برجلها أو ذنبها وهى تسير لا يكون باعتبار أحد منهم والا لوجب عليهم الضمان فى تلك الصورة وليس كذلك كما عرف فى بابها وكذا الحال فيما اذا أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقا عين انسان أو أفسد ثوبه وكذا اذا انفلتت فاصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا كما عرف كل ذلك أيضا فى بابها وان أراد أن جنايتها قد تكون باعتبار أحد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب ويمكن أن يقال الصور التى لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على أحد بل يكون فعلها هدرا مما لا يترتب عليه حكم من أحكام الجناية فى الشرع وانما ذكرت فى بابها استطرادا وبناء الكلام هنا على ماله حكم من الاحكام الشرعية فيتم التقريب (قوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم) قال فى الكافى والكفاية فعن ابن عباس رضى الله عنه مثل مذهبنا وعن عمر وعلى رضى الله عنهما مثل مذهبه وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رضى الله عنه كما هو مذهبنا وعن عمر وعلى رضى الله عنهما كما هو مذهبهما فانهما قالا عبيد الناس أموالهم وجنايتهم فى قيمتهم أى أثمانهم وقال فى غاية البيان روى أصحابنا كالقدورى وغيره فى كتبهم عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وعن عمر رضى الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم وجنايتهم فى قيمتهم وعن على رضى الله عنه مثله وقال فى معراج الدراية روى عن على رضى الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم فى رقاب الناس كمذهبنا وهكذا روى عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبى عبيدة ابن الجراح رضى الله عنهم وروى عن عمر رضى الله عنه مثل مذهبه فانه قال عبيد الناس أموالهم جزاء

المال أو فيما دون أرش الموضحة قلت ويحتمل أن يراد به ان الصبى اذا كان من العجم لانه لا عاقلة للعجم والله أعلم بالصواب

(باب جناية المملوك والجناية عليه)

(قوله وفائدة الاختلاف فى اتباع الجانى بعد العتق) فعندنا اذا أعتق المولى بعد العلم بالجناية كان مختارا

(باب جناية المملوك والجناية عليه) (قوله فعن ابن عباس مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد) أقول يعنى قال ابن عباس اذا جنى العبد الخ

وقوله (فتجب فى ذمته) أى فى ذمة العبد كما فى الدين فان الدين فى ذمته يكون شاغلا لمالية رقبته يباع فيه الا أن يقضى المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكذا فى الجناية على المال وفى بعض النسخ كما فى الذمى يعنى اذا قتل الذمى رجلا خطا تجب ديته فى ذمته لا على عاقلته كما فى اتلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف الذمى يدل على صحة هذه النسخة وقوله (ولنا أن الاصل الخ) ظاهر وفيه بحث وهو أن الحكم فى المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فمن أين يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعى رحمه الله جعل موجب جنايته فى ذمته كوجوب الدين فى ذمته وكوجوب الجناية على المال ونحن اذ بينا الفرق بينهما بقى أصله بلا أصل فبطل وقد بين المصنف رحمه الله ذلك بقوله بخلاف الذمى فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فيجب فى ذمته صيانة للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فيجب فى ذمته وأما أصلنا فهو ثابت فى نفسه مستند الى النص الذى لا يعقل ابطاله ليس بمقيس على أصل يبطل بابداء الفارق على أن قوله ان الاصل فى موجب الجناية أن يجب على المتلف يبطل أيضا بقولنا الاصل ذلك فى موجب الجناية العمد أو الخطأ والاول مسلم ولا يفيده اذ الكلام فى الخطا والثانى عين النزاع وقوله (لانه هو الجانى) غير مفيد لانه يحتاج أن يقول والاصل فى الجانى أن يكون موجب جنايته على نفسه لانه المتلف فهو مصادرة على المطلوب

للعبد لان العقل عندى بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب فى ذمته كما فى الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما فى الجناية على المال ولنا أن الاصل فى الجنايه على الآدمى حالة الخطا أن تتباعد عن الجانى تحرزا عن استئصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجانى اذا كان له عاقلة

جنايتهم فى قيمتهم أى فى أثمانهم لان الثمن قيمة العبد اه أقول قد اضطربت كلماتهم فى الرواية عن على رضى الله عنه فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى * ثم أقول قد خالف الكل هنا صاحب البدائع حيث قال ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن على وعبد الله بن عباس مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل الانكار عليهما من أحد منهم فيكون اجماعا منهم اه ولا يخفى أنه يخالف قول العامة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم (قوله ولنا أن الاصل فى الجناية على الآدمى فى حالة الخطا أن تتباعد عن الجانى الخ) قال صاحب العناية فيه بحث وهو ان الحكم فى المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فمن أين يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعى رحمه الله تعالى جعل وجوب موجب جنايته فى ذمته كوجوب الدين فى ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذ بينا الفرق بينهما بقى أصله بلا أصل فبطل وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمى فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب فى ذمته صيانة للدم عن الهدر وقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فيجب فى ذمته وأما أصلنا فهو ثابت فى نفسه مستند الى النص الذى لا يعقل ابطاله ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفارق الى هنا كلامه أقول جوابه ليس بتام أما أولا فلانه لا شك ان مدار دليل الشافعى ليس على قياس وجوب موجب جناية العبد فى ذمته على وجوب الدين فى ذمته ووجوب الجناية على المال فى ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه أن يبقى مذهبه بلا أصل بل مدار دليله على أن لا عاقلة للعبد بناء على أن العقل عنده بالقرابة لا غير وانما ذكر وجوب الدين فى ذمته ووجوب الجناية على المال فى ذمته فى ذيل دليله لمجرد التنظير كما يرشد الى

الفداء وعنده لا يطالب المولى بعد العتق بل يطالب العبد والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم فعن ابن عباس رضى الله عنه مثل مذهبنا وعن عمر وعلى رضى الله عنهما مثل مذهبه (قوله فتجب فى ذمته) أى فى ذمة العبد لان ضمان الجناية فى حق من لا عاقلة له بمنزلة ضمان المال فيكون واجبا فى ذمته ثم الدين فى ذمة العبد يكون شاغلا لمالية رقبته فيباع فيه الا ان يقضى المولى دينه (قوله كما فى الدين) وهو ظاهر على ما قلنا وفى بعض النسخ كما فى الذمى يعنى اذا قتل الذمى رجلا خطا يجب ديته فى ذمته لا على عاقلته كما فى اتلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف الذمى يدل على صحة هذه النسخة وحجتنا فى ذلك ان المستحق بالجناية على النفوس نفس الجانى اذا أمكن ألا ترى ان فى جناية العمد المستحق نفس الجانى قصاصا حرا كان أو عبدا وكذلك فى الخطا الا أن استحقاق النفس نوعان أحدهما بطريق الاتلاف عقوبة والآخر بطريق التملك على وجه الجبر والعبد من أهل أن يستحق نفسه بالطريقين جميعا فيكون العبد مساويا للحر فى حالة العمد ويكون مفارقا له فى حالة الخطا لان عذر الخطا لا يمنع استحقاق نفسه تملكا والسبب يوجب الحكم فى محله وفى حق الحر لم يصادف محله وفى حق العبد السبب قد صادف محله ويكون مفيدا حكمه وهو ان نفسه صارت مستحقة للمجنى عليه تملكا لتحقق معنى الصيانة عن الهدر والطريق الثانى ان الاصل فى الجناية على الآدمى ان يباعد عن الجانى الى آخر ما ذكر فى الكتاب

(قوله وأما أصلنا فهو ثابت فى نفسه مستند الى النص الذى لا يعقل ابطاله) أقول بل النص يدل على خلافه وهو حديث لا تعقل العواقل عبدا ولا عمدا الحديث

وقوله (الا أنه يخير) استثناء من قوله والمولى عاقلته جواب عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخيرا كما في سائر العواقل ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يوجب الاجحاف وأما ههنا فالمولى واحد فاظهرناه فيه باثبات الخيار وقوله (غير أن الواجب الاصلي هو الدفع) جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني اذا مات فان العقل لا يسقط عن عاقلته ووجهه أن الواجب الاصلي هو الدفع وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة فان الموجب الاصلي فيه جزء من النصاب وللمالك أن ينتقل الى القيمة (ولهذا) أي ولكون الواجب الاصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل وقوله (في الصحيح) احتراز عن رواية أخرى ذكرها التمرتاشي رحمه الله ان الدية هو الاصل ولكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا لما ذكر في الاسرار أن بعض مشايخنا رحمهم الله ذكر أن الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله المخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد وقوله (بخلاف موت الحر الجاني) جواب عما يذكرهنا مستشهدا به كما ذكرناه آنفا ووجهه أن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر في أنها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد قال (فان دفعه ملكه ولي الجناية) فان دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه (وان فداه فداه بارش الجناية) وكل ذلك يلزمه حالا أما الدفع فلان الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر فالتاجيل في الاعيان باطل لان التاجيل شرع للتحصيل ترفها وتحصيل الحاصل باطل أما

والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا أنه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير أن الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال (فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا)

ذلك كله تقرير المصنف فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء أصله بلا أصل كما لا يخفى وأما ثانيا فلان للشافعي أن يقول أصلنا مستند الى النص كما أن أصلكم مستند الى النص وهو ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفرق ثم أقول الحق في الجواب عن البحث المذكور أن يقال الكلام في تعليل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف الى المختلف وهو أن العاقلة من هي فقال الشافعي هي أهل العشيرة وقلنا هي أهل النصرة وقد ذكر ذلك في أوائل كتاب المعاقل مدللا ومفصلا وقد قامت لنا حجة على الشافعي هنالك فاكتفينا ههنا بجعل ذلك المختلف أصلا لهذا المختلف كما ترى (قوله والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به) قال بعض الفضلاء ليس يخالف هذا حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا اهـ وقال صاحب التسهيل يشكل هذا على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه اهـ وذكره أيضا بعض العلماء في حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية أخذا من التسهيل كما هو حاله في أكثر ايراداته في تلك الحاشية أقول في الجواب عما ذكره كلهم هنا أن لفظة العاقلة انما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلمات أهل اللغة أيضا فان الفقهاء قالوا العاقلة الذين يعقلون أي يؤدون العقل وهو الدية كما سيجيء في الكتاب وفي المغرب العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية وهم عشيرة الرجل أو أهل ديوانه أي الذين يرتزقون من ديوان على حدة اهـ وقال في الصحاح وعاقلة الرجل

(قوله الا انه يخير) أي يخير المولى في أصل المسئلة وهو ما اذا جنى العبد جناية خطأ وهذا استثناء من قوله والمولى عاقلته يعني بالنظر الى ان المولى عاقلته ينبغي ان لا يثبت الخيار للمولى بين الدفع والفداء كما لا يثبت هذا الخيار لسائر العواقل وفرق بين المولى وسائر العواقل بهذا وقال انما يخير المولى ههنا لان التخيير للتخفيف والتخفيف مطلوب في الموضعين غير ان أثر التخفيف ظهر في سائر العواقل بوجه آخر وهو التوزيع والقسمة عليهم على وجه لا يورث الاجحاف لان بهم كثرة فكان تخفيفا وأما ههنا فالمولى واحد فاثبات التخفيف فيه انما يثبت باثبات الخيار له (قوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح) ذكر الامام التمرتاشي رحمه الله والصحيح ان الاصل هو الدية والارش لكن للمولى ان يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وفي الاسرار وقد ذكر بعض مشايخنا ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله المخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد (قوله ولهذا يسقط الموجب بموت العبد) أي اذا هلك العبد قبل الاختيار برئ المولى من مطالبة المجني عليه حقه من الدفع أو الفداء وهذا يدل على ان الموجب الاصلي هو الدفع (قوله كما في مال الزكاة) فان موجب مال الزكاة وهو ايتاء جزء من

قال المصنف (والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به) أقول أليس يخالف ما قلنا الحديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا (قوله والقسمة على وجه لا يورث الاجحاف) أقول الظاهر أن يقال لا يؤثر الاجحاف

وأما الفداء فلانه لما جعل بدلا عن العبد في الشرع قام مقامه ولهذا سمي فداء فيأخذ حكمه قيل كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا ترى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحدا في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك وأجيب بان الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والارش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك أي كسائر الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف رحمه الله ما يشعر به ويجوز أن يقال الاصل أن لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك وهو أن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقا به لا يقال قد يتضرر بوجوبه حالا

أما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين وأما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل (وأيهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره) أما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط

عصبته وهم القرابة من قبل الاب الذين يعطون دية من قتله خطأ وقال أهل العراق هم أصحاب الدواوين اهـ الى غير ذلك من المعتبرات فاذا تقرر هذا تبين أن المراد بما في الحديث أن العواقل التي هي الجماعات لا تعقل عبدا كما تعقل حرا وان مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو أن العبد اذا جنى على الحر لا تعقله العاقلة أي الجماعة بل يغرم مولاه جنايته فقول المصنف وغيره ههنا والمولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ ومعناه والمولى كعاقلته لان العبد يستنصر به كما يستنصر الحر بعاقلته يرشد اليه قول صاحب الكافي في كتاب المعاقل لا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا يتحمل عن العاقلة عواقلهم فكذا لا يتحمل جناية العبد عاقلة مولاه اهـ فلا يخالف ما ذكروا ههنا حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا يشكل هذا على مذهب أئمتنا من أن العبد اذا جنى على الحر لا تعقله العاقلة فتبصر (قوله وأما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل) قال في العناية قيل كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا يرى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك وأجيب بان الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والارش وهما يثبتان مؤجلا ذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه وكذلك أي كسائر الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به اهـ أقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الاصل وفرعه ان كانت أمرا لازما أو راجحا يرتفع السؤال عن أصله ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ويضيع باقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستدركا جدا وان لم تكن أمرا لازما ولا راجحا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال وقال في العناية ويجوز أن يقال الاصل أن لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقا به اهـ أقول فيه بحث اذ كان حاصل السؤال أن كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب بقوله الاصل أن لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية هو أن الاصل أن لا يفارقه في الحكم الا بامور ضرورية ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية اذ الظاهر أن معنى كون الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير نفسها الا بالضرورة لا كونه عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير حكمها بعد أن تغيرت نفسها الا بالضرورة والمطلوب فيما نحن

النصاب يسقط بهلاك النصاب بعد الحول لان الواجب جزء من النصاب فيسقط بهلاكه وان كان لصاحبه حق نقل أداء الزكاة من مال الى آخر بخلاف جناية الحر حيث لا يتعلق الواجب بذمته استيفاء لانه ليس

فهو ضرورة لان ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضي وقوله (على مابيناه) اشارة الى قوله غير أن الواجب الاصلي هو الدفع الخ (وان مات) أي العبد الجاني بعد ما اختار المولى الفداء قولاً أو فعلاً لم يبرأ بموت العبد عن الفداء وطولب بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فان الحانث غير مخير وان عين أحدهما قولاً لم يتعين وههنا قد تعين وأجيب بان حقوق العباد أوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولاً وفعلاً وأما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فتعين الواجب به وقوله (لان تعلق الاولى) أي الجناية الاولى برقبته

لا يمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع وأجيب بان في الرهن ايفاء أو استيفاء حكماً فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس في الجناية كذلك وقوله (على قدر أرش جنايتهما) لان المستحق انما يستحق عوضاً عما فات عليه فلابد من أن يقسم على قدر المعوض وقوله (لما ذكرنا) يعني قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية وقوله (وعلى هذا حكم الشجات) يعني لو شج رجلاً موضحة وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع الى صاحب الموضحة سدس العبد لان له خمسمائة والى صاحب الهاشمة ثلثه لان له ألفاً والى صاحب المنقلة نصفه لان له ألفاً وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا وقوله (وهي الجنايات المختلفة) يعني يجوز أن يختار في أحدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم وقوله (والحق يجب للمقتول) جواب عما يقال الحق وان كان متحداً بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى ووجهه أنا لا نسلم أن المستحق متعدد بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول الخ لا يقال المالك يثبت للوارث حقيقة وحكماً وللميت حكماً فقط لانه ليس من أهل الملك

وأما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا أوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيأ حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال (فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الاولى) معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جناية قال (وان جنى جنايتين قيل للمولى اما أن تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما أن تفديه بارش كل واحد منهما) لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول أولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما (وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم) لما ذكرنا (ولو قتل واحداً وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا) لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات (وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) لان الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له أن يفدي من أحدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها

فيه هو الثاني دون الاول فلا يتم التقريب فتأمل تفهم (قوله وأما الفداء فلانه لا حق له الا الارش) أقول فيه اشكال سيما في الحصر اذ قد تقرر فيما قبل ان الواجب الاصلي في جناية العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب الا أنه كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة فاذن كان حق ولي الجناية منحصراً في الدفع على ما هو الواجب الاصلي في جناية العبد فان لم ينحصر فيه فما معنى حصره في الارش بقوله لا حق له الا الارش وهذا يكون مناقضاً لما ذكره قبيله بقوله أما الدفع فلأن حقه متعلق به

بمال فلم يسقط بموت الجاني كالعبد في صدقة الفطر لما لم تتعلق صدقة الفطر برقبة العبد استيفاء لا تسقط صدقة الفطر بموته (قوله لفوات محل حقه على ما بيناه) اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع الى آخره (قوله فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الاولى) أي يقال للمولى ادفعه بالجناية الثانية أو افده كما هو الحكم في الجناية الاولى (قوله معناه بعد الفداء) انما فسر المسئلة بهذا لانه اذا لم يفده عن الجناية الاولى ثم جنى أخرى كانت المسئلة عين المسئلة الثانية وهو قوله وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى آخره (قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية) وهذا بخلاف الرهن فان تعلق حق المرتهن بالرهن يمنع تعلق حق الثاني به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون به لان الرهن ايفاء حكماً والارتهان استيفاء حكماً فيعتبران بالايفاء والاستيفاء الحقيقيين ففي الحقيقي لا يبقى تعلق فكذا في الحكمي (قوله ومعنى قوله على قدر حقيهما) أي قدر ارش جنايتيهما لان المستحق انما يستحقه عوضاً عما فات عليه فلابد من ان تقسم على قدر المعوض كذا في الايضاح (قوله لان ارش العين) أي العين الواحدة (قوله والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه) هذا جواب اشكال وهو ان يقال الحق وان كان متحداً بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فينبغي ان يتمكن

قال

حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل أولى قال (فان أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية) الاصل في جنس هذه المسائل أن المولى اذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فان تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختاراً للفداء والا فلا واذا لم يعلم بالجناية لم يكن مختاراً للفداء لكن يضمن الاقل من قيمة العبد ومن أرش الجناية وعلى

هذا تخرج الفروع المذكورة في الكتاب وقوله (وعلى هذين الوجهين) يعني قبل العلم وبعده وقوله (بخلاف الاقرار على رواية الاصل) يعني اذا جنى العبد جناية فقال وليها هو عبدك فادفعه أو افده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندي أو عارية أو اجارة أو رهن لا يصير مختاراً للفداء لما ذكر في الكتاب ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان أقامها أخر الامر الى قدوم الغائب وان لم يقمها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير مختاراً للدية مع تمكنه من الدفع وقوله (وألحقه الكرخي بالبيع واخواته) في صيرورته مختاراً لما ذكر في الكتاب قال في الايضاح وهو رواية خارجة عن الاصول وقوله (واطلاق الجواب) يريد قوله ضمن الاقل من قيمته ومن أرشها الخ وقيل يريد به قوله في أول الباب واذا جنى العبد جناية خطأ فانه ينتظم النفس وما دونه وقوله (وكذا المعنى لا يختلف) لان كل واحد مال وقوله (لانه يزيل الملك) لا اختلاف في ذلك وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس يحتاج اليه ههنا وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع) يعني لا يصير مختاراً للفداء بهما لان الملك ما زال في المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزاً للبيع والبائع بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع كان فاسخاً للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختاراً للفداء وأجيب بان ثمة ضرورة لم تتحقق ههنا وهي أنه لو لم يجعل مجيزاً أو فاسخاً هنالك لكان تصرفه واقعاً في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى وتقدير الاجازة في الثانية وأما ههنا فلو لم يجعل مختاراً للفداء بهذا التصرف لم

قال (فان أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش) لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في أقلهما ولا يصير مختاراً للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختاراً لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الامر كما قاله المقر وألحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان

(قوله واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها) يريد قوله ضمن الاقل من قيمته ومن أرشها وقيل

المولى من ان يفدي من أحدهما وان يدفع الى الآخر كما في الجنايات المختلفة (قوله فان أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل الى آخره) والاصل في جنس هذه المسائل ان المولى متى أحدث في العبد تصرفاً يعجزه عن الدفع وهو عالم بالجناية يصير مختاراً للفداء واذا أحدث تصرفاً لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختاراً وان كان عالماً بالجناية (قوله وحقه في أقلهما) الدليل على ان حقه في أقلهما انه ليس له ولاية المطالبة بالاكثر (قوله وعلى هذين الوجهين البيع والهبة) أي كونه عالماً وقت التصرف وغير عالم (قوله بخلاف الاقرار على رواية الاصل) يعني اذا أقر الرجل الذي في يده العبد الجاني بان هذا العبد الجاني لفلان لا يصير مختاراً للفداء وفي المبسوط ولو ان عبداً في يد رجل جنى جناية فقال ولي الجناية هو عبدك وقال الرجل هو وديعة عندي لفلان أو عارية أو اجارة أو رهن فان أقام على ذلك بينة أخرت الامر فيه الى ان يقدم الغائب فان لم يقم بينة خوطب بالدفع أو الفداء وقال زفر رحمه الله هو مختار للدية بمجرد قوله ان هذا العبد لفلان لانه زعم انه لا سبيل له على دفعه فيجعل به مفوتاً للدفع مختاراً للفداء كما لو أعتقه ولكنا نقول هو بكلامه هذا يزعم انه ليس بخصم في هذه الجناية أصلاً واختياره يبتني على كونه خصماً فاذا ثبت بالبينة انه ليس بخصم فيه صار اثبات ذلك بالبينة كالاثبات بالمعاينة وان لم يقم بينة على ذلك فهو الخصم باعتبار ظهور يده فيه وهو متمكن من دفعه فيخاطب بالدفع أو الفداء ولا معنى لجعله مختاراً للدية مع تمكنه من الدفع بالجناية وان فداه ثم قدم الغائب أخذ عبده بغير شئ لان ذا اليد كان أقر بالملك له وقد اتصل تصديقه بذلك الاقرار وقد كان ذو اليد متبرعاً في هذا الفداء وانه ما كان مجبراً عليه فلا يرجع بشئ منه على المقر له وان كان دفعه فالغائب بالخيار ان شاء أمضى ذلك وان شاء أخذ العبد ودفع الارش لان تصديقه اتصل بذلك الاقرار فيثبت الملك له وتبين انه كان له الخيار (قوله لجواز ان يكون الامر كما قاله) أي لجواز ان يكون العبد عبداً للمقر له بالدفع الى ولي الجناية (قوله وألحقه الكرخي بالبيع) وفي الايضاح وقد أطلق أبو الحسن انه يصير مختاراً وهو رواية خارجة عن الاصول (قوله واطلاق الجواب) وهو قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها الى آخره (قوله واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري) يعني اذا باع مولى العبد الجاني العبد بشرط الخيار للمشتري كان ذلك اختياراً منه للفداء وفي الايضاح أما على قولهما فلان الملك يثبت للمشتري وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله ملك البائع يزول وان لم يثبت للمشتري وفوات الدفع يكون بزوال ملك البائع

يتبين بالدفع أنه تصرف فى ملك الغير فافترقا وقوله (بخلاف الكتابة الفاسدة) بان كاتب المسلم عبده الجانى على خمر أو خنزير فانه يصير مختارا للفداء لان موجبه يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالاداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض وقوله (فيما ذكرناه) قيل يعنى فى اختيار الفداء وقيل فى العلم بالجناية وعدمه وقوله (ولو ضرب فنقصه) يعنى بان أثر فيه حتى صار مهزولا أو قلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزأ منه وأما اذا ضرب به ولم يعلم بها كان عليه الاقل من قيمته ومن الارش الا أن يرضى ولى الدم أن يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضى به ناقصا صار كأن النقصان حصل بآفة سماوية وقوله (وكذا اذا كانت بكرا فوطئها) يعنى يصير به مختار الفداء وان لم يكن الوطء معلقا لما قلنا انه حبس جزأ منه وقوله (بخلاف التزويج) يعنى لا يصير به مختارا للفداء لانه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع وعلل المصنف رحمه الله بقوله (لانه عيب من حيث الحكم) وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو أقر عليها بالسرقة عالما بالجناية فان بهذا الاقرار يدخلها نوع عيب ولكن لما كان حكما لم يثبت به اختيار الفداء وفيه اشارة الى رد طعن عيسى حيث قال التزويج تعييب و بالتعييب يثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على يديها وعيبها وذلك لان التعييب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لان فيه حبس جزء منها وأما الحكمى فليس كذلك وقوله (وبخلاف وطء الثيب) فان به لا يصير المولى مختارا للفداء مالم يكن معلقا فى ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وقوله (على ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبى يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكان الوطء دليلا على امساك العين فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فان الوطء هناك فسخ للبيع وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا الا اذا كان معلقا أجيب بانه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطء حراما لانه اذا اختار الفداء بعد ذلك ملكها المشترى من حين العقد ولهذا استحق زوائدها فتبين أن الوطء حصل فى غير ملكه فالتحرز عن ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجناية يملكها ولى الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شئ من زوائدها فلا يتبين أن الوطء كان فى غير ملكه وقوله (وبخلاف الاستخدام) يعنى لو استخدم العبد الجانى بعد العلم بالجناية لا يكون مختارا للفداء حتى لو عطب فى الخدمة لا ضمان عليه لان الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن فى الاظهر لان الاجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولى الجناية فيه عذرا فى نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا للفداء وقوله (فى الاظهر) احتراز

الملك مازال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق فى الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضرب به فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزأ منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن فى الاظهر من الروايات

يريد به قوله فى أول الباب واذا جنى العبد جناية خطأ فانه ينتظم النفس ومادونها كذا فى العناية أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أنه لا سداد لما ذكرناه لان تأخير التعرض لاطلاق ما فى أول الباب الى هنا مع كونه بعيدا عن نهج السداد فى نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف واطلاق الجواب لان الاطلاق

(قوله بخلاف الكتابة الفاسدة) أى يصير مختارا للفداء بمجرد عقد الكتابة الفاسدة بخلاف البيع الفاسد فان هناك لا يكون مختارا للفداء قبل التسليم الى المشترى وفى الايضاح ان موجب عقد الكتابة الفاسدة يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالاداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض (قوله ولو ضرب به فنقصه) أى بان أثر الضرب فيه حتى صار مهزولا أو قلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية وأما اذا كان ضربه وهو غير عالم بالجناية كان عليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية الا أن يرضى ولى الدم ان يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضى به ناقصا صار كأن ذلك النقصان حصل بآفة سماوية ولو ضرب المولى عينه فابيضت وهو عالم به ثم ذهب البياض قبل ان يخاصم فيه لا يكون مختارا للفداء بل يدفع أو يفدى لان النقصان لما زال جعل كأن لم يكن ولو خوصم فى حالة البياض فضمنه القاضى الدية ثم زال البياض فالقضاء نافذ لا يرد لان الخيار قد استحكم بانضمام القضاء اليه (قوله وان لم يكن معلقا) وانما قيد به لاثبات الفرق بين وطء البكر والثيب لان بوطء الثيب لا يكون مختارا للفداء مالم يكن الوطء معلقا فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف رحمه الله ان مطلق الوطء يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فيكون دليلا على امساك العين وقول زفر مثل قول أبى يوسف رحمهما الله هذا وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه حبس جزء منه (قوله ولا يصير مختارا بالرهن والاجارة فى الاظهر) هذا احتراز عما

(قوله والراهن يتمكن من قضاء الدين الخ) أقول تعلق حق المجنى عليه يعنى بالعبد سابقا على تعلق حق الراهن يوجب صحة فسخ الرهن وان

عما ذكر فى بعض نسخ الاصل أنه يكون مختارا للاجارة والرهن لانه أثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع وقوله (وكذا بالاذن فى التجارة) يعنى لا يكون به مختارا لانه لا يعجزه عن الدفع ولا ينقص الرقبة (الا أن لولى الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى) ووجوب الدين فى ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون ولى الجناية اذا دفع اليه فله أن يمتنع من قبوله قال (ومن قال لعبده ان قتلت فلانا) ومن علق عتق عبده بجناية توجب الدية مثل أن يقول ان قتلت فلانا أو رميته أو شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك خلافا لزفر رحمه الله لان اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم بها وعند التكلم ليس شئ منهما بموجود وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا واستشهد بالمسئلة المذكورة فى الكتاب وقوله (ولنا) ظاهر وقوله (ولانه حرضه) دليل آخر ومعناه أن المولى حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل أو الرمى أو الشج (بتعليق أقوى الدواعى اليه) أى الى الشرط وهو الحرية (والظاهر أنه يفعله) رغبة منه فى الحرية (وهذا دلالة الاختيار) وانما قلنا بجناية لانه لو علقه بغيرها مثل أن يقول لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختارا للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق بخلاف ما اذا علق بالجناية فانه علق بها أقوى الدواعى اليها والظاهر وجودها فكان عالما بها ظاهرا وانما قلنا بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شئ وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولى الجناية بتعليقه شيأ

وكذا بالاذن فى التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا أن لولى الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته قال (ومن قال لعبده ان قتلت فلانا أو رميته أو شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك) وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى انه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث فى يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا أعتقه بعد الجناية ألا يرى أن من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما أورد لان غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعى اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال (واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء أو بغير قضاء فاعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح

هناك فى المسئلة لا فى الجواب كما لا يخفى على ذوى الالباب فالمراد هو الاول لا غير (قوله وكذا بالاذن فى التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة) أقول فى التعليل شئ وهو انه ان أراد أن الاذن فى التجارة وان ركبه دين لا يفوت الدفع بغير رضا ولى الجناية فهو ممنوع كيف وقد قال متصلا به الا أن لولى الجناية أن يمتنع من قبوله واذا كان له ذلك يفوت الدفع بغير رضاه قطعا وان أراد أنه لا يفوت الدفع برضا ولى الجناية فهو مسلم لكن يلزم حينئذ أن ينتقض هذا التعليل بما لو ضرب المولى العبد الجانى فنقصه فانه يصير مختار الفداء هناك اذا كان عالما بالجناية كما مر آنفا مع انه يجرى أن يقال هناك أيضا ان الضرب وان نقصه لا يفوت الدفع برضا ولى الجناية فانه اذا رضى أن يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به ويمكن الجواب عنه بان قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل ففى صورة ما اذا ضرب به فنقصه ان لم يفت الدفع برضا ولى

ذكر فى بعض نسخ الاصل أنه يكون مختارا للفداء بالرهن والاجارة لانه أثبت عليهما يدا مستحقة فصار كالبيع ووجه ظاهر الرواية ان الاجارة تنقض بالعذر فيكون حق ولى الجناية فيها عذرا فى نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا (قوله لان الدين لحقه من جهة المولى) ووجوب الدين فى ذمة العبد نقصان للعبد لان الغرماء يتبعون ولى الجناية اذا دفع العبد اليه فيستسعونه بديونهم لكن ذلك بسبب من جهة المولى وهو الاذن فكان له أن يمتنع من قبوله ناقصا (قوله ومن قال لعبده ان قتلت فلانا أو رميته أو شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك) أى العبد وقال زفر رحمه الله لا يصير مختارا وعليه قيمة العبد وفى المبسوط فان كانت جناية العبد مما يتعلق به القصاص فلا شئ على المولى لان الواجب هو القصاص على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلا يصير المولى بالعتق مفوتا حق ولى الجناية فلذلك لا يلزمه شئ (قوله فكان الصلح واقعا بغير بدل فيبطل) فان قيل هذا مشكل على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فان عندهما الصلح عن الطرف يكون صلحا عن النفس قلنا الفرق لهما ان الصلح ثمة وقع عن القصاص لان القصاص يجرى بين الحرين فى الاطراف فيكون الصلح حقيقة وههنا الدفع ليس بصلح حقيقة فاذا سرى تبين ان الواجب ليس بدفع فيكون الصلح واقعا بغير بدل فلا يمكن

نقص الذين على ما صرحوا به (قوله وانما قلنا بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن الخ) قول لا يلزم مما ذكره المصنف وجوب التعليق بجناية توجب الدية بل اذا كان بالاعم مثل أن يقول ان قتلت بلا تقييد ووجد منه ما يوجب الدية كالقتل بالمثقل أو القتل خطأ يكون الجواب كذلك

وقوله (ووجه ذلك) يريد بيان الفرق بين ما اذا أعتق وبين ما اذا لم يعتق (أنه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح) أى الدفع (وقع باطلا) وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ رحمهم الله أن الموجب الاصلى هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب

بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقتلوه أو اعفوا عنه) ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان أطراف العبد لا يجرى القصاص بينها وبين أطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا أعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا وأن يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضى المولى به يصح وقد رضى المولى به لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا أعتق يصح الصلح فى ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم فى العفو والقتل

الجناية نقصت الرقبة فالتعليل المذكور هنا لم يجر بتمامه هنالك فلم ينتقض بذلك نعم فى تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما اذا ركبه دين كلام لان وجوب الدين فى ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون ولى الجناية اذا دفع العبد اليه فيتبعونه بديونهم كما صرح به جمهور الشراح فى شرح قول المصنف الا ان لولى الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى وعن هذا قال صاحب الكافى ولكن الرقبة قد انتقضت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الاذن فكان لولى الجناية أن يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته اه فتامل (قوله ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل يريد بيان الفرق بين ما اذا أعتق وبين ما اذا لم يعتق أنه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح أى الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الاصلى هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به اه واقتفى أثره الشارح العينى أقول فيه نظر لان المصنف صرح فيما مر بان الموجب الاصلى هو الدفع فى الصحيح وقال ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع هنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قبل وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا حتى ان صاحب الاسرار بعد ان ذكر ما اختاره بعض المشايخ من ان الواجب الاصلى هو الارش قال والرواية بخلاف هذا فى غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد انتهى ثم أقول الحق عندى ان يحمل تسمية الدفع هنا صلحا على المشاكلة بان عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره فى صحبة ما هو صلح وهو ما اذا أعتقه تدبر ترشد (قوله والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه) اقول فيه بحث وهو أنه ان أراد أن الباطل لا يورث الشبهة فيما اذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره فى تنظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجدى نفعا هنا لان الدافع لم يعلم أن القطع يسرى فيكون موجبه القود بل ظن أنه لا يسرى وكان موجبه المال وان أراد أن الباطل لا يورث الشبهة وان لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ألا يرى أنه اذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن أنها تحل له فانه يورث الشبهة فيدرأ الحد كما صرحوا به فى كتاب الحدود وفهم أيضا ههنا من قوله مع العلم بحرمتها عليه

اعتبار ذلك صلحا (قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح) لان العاقل يقصد بتصرفه تصحيحه ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منهما فالعقد بينهما صلح عن الجناية وما يحدث منهما مقتضى للاعتاق فاذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء لانه لم توجد دلالته (قوله ولهذا لو نص عليه) أى على ان يكون

الجناية به وانما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين أطراف الاحرار والعبيد واذا سرى تبين أن المال لم يكن واجبا وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعنى المصالح عنه لان الذى كان الصلح وقع عنه هو المال قد زال والذى وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها فى العدة مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا أعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر من حال العاقل انه اذا أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا بجعله صلحا عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الاقدام على الاعتاق ويجعل المولى أيضا كذلك دلالة لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير أرضى وشرط صحة الاقتضاء وهو امكان المقتضى موجود ولهذا لو نص على ذلك ورضى به المولى صح فتبين انه اذا أعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم فى العفو والقتل وذكر

(قوله والذى وجد من القتل لم يكن وقت الصلح الخ) أقول الظاهر أن يقول لم يقع الصلح عنه

وقوله (وذكر فى بعض النسخ) قال الامام فخر الاسلام رحمه الله وذكر فى بعض نسخ هذا الكتاب أى كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذكر فى الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله (الى آخر ما ذكرنا) يعنى وان لم يعتقه رد الى مولاه ويجعل الاولياء على خيرتهم بين القتل والعفو وقوله (وهذا الوضع يرد اشكالا) قيل أى الوضع الثانى وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بورود الاشكال لان دفع العبد فى هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شئ فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع أى وضع الجامع الصغير فى النسخة المعروفة وغيرها يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب واختلف المشايخ رحمهم الله فى الجواب

وذكر فى بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له فى اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل قال (واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية) لانه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما

(قوله أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة) أقول يرد عليه انه أن أريد بقولهم الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجناية

العبد صلحا عن الجناية وما يحدث منها ورضى المولى به صح (قوله وذكر فى بعض النسخ) أى بعض نسخ الجامع الصغير (قوله الى آخر ما ذكرنا من الرواية) يعنى وان لم يعتقه رده الى مولاه ثم يقال لاولياء الجناية اما ان تقتلوا واما ان تعفوا (قوله وهذا يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد) أى الوضع الثانى وانما خص هذا النوع بوروده اشكالا لان دفع العبد فى هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح لانه ليس فيه حط شئ بل العبد موجب جنايته بتمامه واذا لم يكن الدفع بطريق الصلح لا يكون فيه معنى العفو فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو (قوله وهنا قال يجب) فانه قال وقيل للاولياء اقتلوه (قوله اما اذا أعتقه فالتخريج ما ذكرنا) وهو قوله لان اقدامه على قصده تصحيح الصلح (قوله فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية) قيد به ليبنى عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو أعتقه وهو عالم بجنايته كان عليه الدية اذا كانت الجناية فى النفس لاولياء الجناية وقيمة العبد لصاحب الدية (قوله بان يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء) وفائدة الدفع أن يثبت له حق الاستخلاص بالفداء فان للناس أغراضا فى الاعيان وانما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجب الجناية صيرورته مدفوعا فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شئ صرف الى أولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان

عن ذلك فقال بعضهم ما ذكر ههنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعنى وجوب القصاص فى هذه المسئلة على النسختين جواب القياس وفى الاستحسان تجب الدية وفى مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفى القياس يجب القصاص فكان الوضع فى هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان فاندفع التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهما فرق وهو أن العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق له كان فى اليد من حيث الظاهر (فيصح العفو ظاهرا) وتبطل به الجناية كذلك لان العفو عنها يبطلها (فبعد ذلك وان بطل العفو بالسراية حكما يبقى موجودا حقيقة) وذلك كاف لمنع وجوب القصاص (أما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تمتنع الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا أعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل) وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده الخ وقوله (فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولى الجناية) يعنى اذا كانت القيمة أقل من الارش وقوله (أتلف حقين) واضح وقوله (ويمكن الجمع بين الحقين) جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف واردا عليهما ووجهه أن الجمع بينهما ممكن أيضا من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الاتلاف واردا عليهما فيضمنهما به والاصل أن العبد اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء فان دفع بيع فى دين

(قوله وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى الخ) أقول يعنى الاتقانى

الغرماء فان فضل شئ كان لاصحاب الولاء وانما بدأنا بالدفع لان به توفير الحقين فان حق ولى الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ومتى بدأنا بدفعه فى الدين تعذر الدفع بالجناية لانه تجدد للمشترى الملك ولم يوجد فى يده جناية فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع بالدين بعده واجباً أجيب بانها اثبات حق الاستخلاص لولى الجناية بالفداء بالدين فان للناس فى الاعيان أغراضاً وانما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجبها صيرورته حراً فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شئ صرف الى أولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تأخر الى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ليبنى عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية اذا كانت الجناية فى النفس لاوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش دون القيمة وقدمر وقوله (بخلاف ما اذا أتلفه أجنبى) واضح وقوله (فلا يظهر فى مقابلته الحق) يعنى حق الدفع (لانه دونه) أى الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحاً قال (واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت) فرق بين ولادة الامة بعد استدانتها وبين ولادتها بعد جنايتها فى أن الولد يباع معها فى الاولى دون الثانية فان الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف فى رقبتها ببيع أو هبة أو غيرهما فكانت من الاوصاف الشرعية القارة فى الام فتسرى الى الولد كالكتابة والتدبير والرهن وأما موجب الجناية فالدفع أو الفداء وذلك فى ذمة المولى لافى ذمتها حتى لا يصير المولى ممنوعا من التصرف فى رقبتها ببيع أو هبة أو استخدام (وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقى وهو الدفع) فلا يسرى الى الولد لكونه وصفاً غير قار حصل عند الدفع وقوله (والسراية فى الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية) بناء على أن الوصف الحقيقى فى محل لا يمكن أن ينتقل الى غيره وأما الوصف الشرعى فهو أمر اعتبارى يتحول بتحوله واعترض بوجهين أحدهما لا نسلم أن دين الامة فى ذمتها فان المولى ان أعتقها ضمن قيمتها ولو كان فى ذمتها لما ضمن كما لو قتل مديون وابرأ انسان فانه لا يضمن دينه والثانى ان ما ذكرتم لو كان صحيحاً لما سرى أثر الدفع الى أرش استحقته بجناية جنى بها عليها جان ودفعه اليها بطريق الاولى لما أن ولدها جزؤها وأرشها ليس كذلك ولما لم يسر الى جزئها لكونه أثر فعل حقيقى كان أولى أن لا يسرى الى ما ليس بجزء منها وأجيب عن الاول بان وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعاً واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى والالوجب عليه ايفاء الديون لا ضمان قيمة العبد وانما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابله من العين ضماناً وضمان العدوان يعتمد المماثلة وهى مسئلة تقوم المنافع وهى معروفة لا يقال هذا المانع موجود فى صورة النزاع فهلا اعتبر لان الاتلاف هناك لاقى محلا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف صورة النقض فان قيل اذا كان تخصيص العلة قلت تخلصه معلوم وعن الثانى أن الارش بدل جزء متصل فات بالجناية وولى الجناية قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الاجزاء بعوض قام العوض مقامه كما لو قتلت وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولى الجناية اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد فانه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلا عن جزء وقوله (واذا كان العبد لرجل) صورته المذكورة ظاهرة وذكر فى الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية وفى المبسوط بعدها ولا تفاوت فى ذلك

بالاتلاف بخلاف ما اذا أتلفه أجنبى حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبى انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر فى مقابلته الحق لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها فى الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها) والفرق أن الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسرى الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع فى ذمة المولى لا فى ذمتها وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقى وهو الدفع والسراية فى الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال (واذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل الزاعم خطأ فلا شئ له) لانه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة

بل يبقيه على حاله فهو ممنوع كيف وقد صرحوا فى صدر كتاب الجنايات بان موجب القتل العمد القود الا

لم يف بالدين تأخر الى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى (قوله فلا يظهر فى مقابلته الحق) أى حق الغرماء يقين بالنسبة الى ملك المالك لانه دون الملك فصار كان ليس فيه حق ثم الغريم أحق بتلك القيمة لان القيمة مالية العبد والغريم مقدم على المولى فيها لان الواجب أن يدفع اليه ثم يباع له فكان مقدما معنى والقيمة هى المعنى فيسلم اليه وفى الفصل الاول التعارض بين الحقين والحقان مستويان فيظهران فيضمنهما (قوله واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت) هذا اذا ولدت بعد الاستدانة أما اذا ولدت قبل الاستدانة لم يتعلق حق غرمائها بولدها وأما الاموال التى حصلت لها بطريق الهبة أو الصدقة أو بالتجارة فهى أحق بها من مولاها فى أداء دينها بها

(قوله وانما لا يضمن القاتل دين من قتله الخ) أقول الظاهر أنه كان يكفى أن يقول وانما لا يضمن القاتل الدين لانه لم يفوته (قوله فان قلت اذا كان تخصيص العلة) أقول كيف يكون تخصيص العلة والمضمون هنا ليس هو الدين بل العين الذى أتلفه

وقوله (وابراء العبد) يعنى من كل الدية لا من قسطه فيها وابراء المولى لانه لم يدع عليه بعد الجناية اعتاقاً حتى يصير به مختارا للفداء ان علم بذلك أو مستهلكا حق المجنى عليه ان لم يعلم وكذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشئ ولا على العاقلة الا بحجة وقوله (واذا أعتق العبد) يعنى اذا أعتق عبد معروف بالرق (فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر بل قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان) لانه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام فى عبد معروف الرق والوجوب فى جناية العبد على المولى دفعا أو فداء واعترض بان العبد قد ادعى تاريخا سابقا فى اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغى أن يكون القول قوله وأجيب بان اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الاقرار وههنا هو منكر لاصله فصار كمن يقول لعبده أعتقتك قبل أن تخلق أو أخلق وقوله (كان القول قوله) يعنى مع يمينه وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه منكر للضمان قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها) هذه المسئلة أيضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان ومعنى قوله (الا الجماع والغلة) أن يقول لها جامعتك وأنت أمتى أو أخذت منك غلة

وأبرأ العبد والمولى الا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال (واذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد) لانه منكر للضمان لما أنه أسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب فى جناية العبد على المولى دفعا أو فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا صبى أو بعت دارى وأنا صبى أو قال طلقت امرأتى وأنا مجنون أو بعت دارى وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتى وقالت قطعتها وأنا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند

أن يعفو الاولياء أو يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو فى اسقاط موجب الجناية وان أريد بذلك أن الصلح لا ينافى ثبوت موجب الجناية فى الاصل بل يقرر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال وان سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم فاذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة اذ لا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها فى الاصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسا بين صورتى العفو والصلح اذ العفو أيضا لا ينافى ثبوت موجب الجناية فى الاصل قبل العفو كما لا يخفى (قوله ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتى وقالت بل قطعتها وأنا حرة فالقول قولها) قال صاحب العناية هذه المسئلة أيضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان أقول

ويستوى فى ذلك ان كانت اكتسبت قبل لحوق الدين أو بعده لان يدها فى الكسب يد معتبرة حتى لو نازعها فيه انسان كانت خصما له فباعتبار بقاء يدها تبقى حاجتها فيه مقدما بخلاف ما اذا كان أخذ المولى منها قبل أن يلحقها الدين وهذا بخلاف ما اذا ولدت قبل أن يلحقها الدين لان ولدها ليس من كسبها ولكنه جزء متولد من عينها فكما أن نفسها لا تكون من كسبها فكذلك ولدها الا أن نفسها تباع فى الدين لالتزام المولى ذلك بالاذن لها فى التجارة وذلك لا يوجد فى حق الولد ولو تعلق به حق الغرماء انما يكون بطريق السراية ولا سراية بعد الانفصال لان الولد بعد الانفصال نفس على حدة وهذا اذا كان الدين لحقها قبل أن تلد ثم ولدت لان حق الغرماء تعلق بها فى حال ما اذا كان الولد جزأ متصلا بها فيسرى للولد بحكم الاتصال فينفصل على تلك الصفة وهذا بخلاف الدفع بالجناية فان الجارية اذا ولدت لا حق لاولياء الجناية فى ولدها لان حقهم هناك فى بدل المتلف وهو أرش الجناية أو فى نفسها جزاء على الجناية ولكن ذلك ليس بحق متأكد بدليل تمكن المولى من التصرف فيه كيف شاء بالبيع وغيره فلهذا لا يسرى الى الولد وهنا حق الغرماء متأكد فى ذمتها متعلق بماليتها بصفة التأكيد بدليل أنه لا ينفذ تصرف المولى فيها بالبيع والهبة ما لم يصل الى الغرماء حقهم فيسرى هذا الحق المتأكد الى الولد بخلاف القصاص فانه لا يسرى الى الولد لان المستحق للقصاص الروح لا الرقبة والولد يتولد من الرقبة لا من الروح (قوله وأبرأ العبد) أى من كل الدية لا من قسطه فى الدية والمولى لانه لم يدع على المولى بعد الجناية اعتاقا حتى يصير المولى به مختارا للفداء مستهلكا حق المجنى عليه بالاعتاق (قوله وصار كما اذا قال العاقل البالغ طلقت امرأتى وأنا صبى) أو أقر رجل بانه كان أقر وهو صبى لفلان بالف درهم وقال المقر له بل أقررت بهذا بعد البلوغ فالقول قول المقر مع يمينه لانه أضاف الاقرار الى حالة معهودة تنافى الوجوب فان قول الصبى هدر فى الاقرار والصبا حالة معهودة فى كل أحد فكان هو فى المعنى منكر المال لا مقرا له فان قيل هو ادعى تاريخا سابقا فى اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغى أن يكون القول قوله قلنا المصير الى هذا الترجيح بعد ثبوت أصل السبب ملزم واذا كان الاقرار فى حالة الصبا غير ملزم أصلا لم يكن هو مدعيا للتاريخ بالاضافة اليه بل يكون منكر الاصل المال عليه كمن يقول لعبده أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق (قوله لما ذكرنا) أراد به قوله لانه منكر للضمان (قوله الا الجماع والغلة استحسانا) بان قال جامعتك وأنت أمتى أو أخذت منك غلة وأنت أمتى فقالت بل كان ذلك بعد العتق فان القول قول المولى

قال المصنف (وكذلك كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا) أقول سبق فى كتاب المأذون أن للمولى أن يأخذ غلة مثله بعد الدين

عملك وأنت أمتي وقالت بل كان ذلك بعد العتق فان القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الاشياء قائما بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو كان أقر باخذ شئ منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه فان الرد فيه مجمع عليه بناها محمد رحمه الله على الاصل المذكور وأجاب عن تخلف الشئ القائم بعينه بانه أقر بيده أي بيد المأخوذ منه (حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله) وهذا لانه ما أسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذلك اذا أخذ من غلتها وان كانت مديونة لا يجب الضمان عليه فصل فيها الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرهما (لانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت) يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصا وأرشا (وقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوأة) يريد به وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف ان كان صحيحا حال الاتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا رحمهم الله أن موجب العمد القود على سبيل التعيين وله العدول الى المال فقبل العدول اذا فات المحل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وفقء العين بالتعوير لا قصاص فيه فلا يستقيم لا يوجب الاصل المذكور وأجيب بان المراد فقء ذهب به نورها ولم تنخسف والقصاص فيه جار وقوله (وكذا يضمن مال الحربي اذا أخذه وهو مستامن) ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا لمسئلة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان وأخذ مال حربي ثم أسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربي فقال بل أخذته مني وأنا مسلم فانها على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد

أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الاشياء قائما بعينه يؤمر برده عليها) لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشئ القائم أقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوأة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما أسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا أخذه وهو مستامن بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذه من غلتها وان كانت مديونة

ليس هذا بسديد لان مبنى هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان كما في المسئلة الاولى والا لما كان القول قولها بل كان يجب أن يكون القول قول المقر كما في المسئلة الاولى وانما مبنى هذه المسئلة على أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله الا بحجة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسئلة نعم مبناها على قول محمد اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان الا أن قوله ليس بمطابق لجواب هذه المسئلة وانما ذكرها بطريق الاستطراد لا الاصالة فما معنى بناء هذه المسئلة التي كان جوابها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما صرح به في الكتاب على أصل قول محمد فيها (قوله وكذا يضمن مال الحربي اذا أخذه وهو مستامن) قال صاحب العناية ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا لمسئلة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان وأخذ مال حربي ثم أسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربي فقال بل أخذت مني وأنا مسلم فانها على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد انه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا أخذه دينا فكان قد أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة الى هنا كلامه (أقول) فيه نبذ من الاختلال أما أولا فلان قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع ممنوع فانه وان لم يكن داخلا في مسئلة القطع نفسها الا انه نظير لها لاشتراكهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان عندهما وكونه نظيرا لما نحن فيه تعلق محض به فان التنظير كثير الوقوع في استدلالاتهم شائع فيما بينهم فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربي اذا أخذه وهو مستامن بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الخ وأما ثانيا فلان قوله ووجه قولهما

(قوله وقال محمد رحمه الله لا يضمن الاشياء بعينه يؤمر برده عليها قائما يعني لو كان أقر باخذ شئ منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه أجمعوا فيه على أنه يرد ذلك عليها (قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت) أي كان الواجب القصاص ثم سقط بذهاب العين يريد به براءة عن ضمان العين قصاصا أو أرشا والمقر له بقوله لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة يدعي وجوب نصف الدية عليه وليس المراد من الفقء القلع لانه لا قصاص في القلع ولكن المراد منه اذهاب الضوء مع بقاء العين وفيه القصاص (قوله لان وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر) لان حق الغرماء لا يتعلق بمنافع بضعها لانها ليست بمال وكذلك أخذ الغلة فان المولى اذا ضرب على عبده غلة وهو مديون يصح ولو أخذ لا يكون مضمونا على المولى

وجه الله انه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما أنه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا أخذه دينا فكان قد أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة والله أعلم والحاصل ان هذه المسائل على ثلاثة أوجه في وجه يكون القول قول المولى وهو ما اذا أخذ الغلة أو وطئها وفي وجه يكون القول قول الجار يه وهو ما اذا أقر المولى أنه أخذ منها مالا وهو قائم في يده وفي وجه اختلفوا وهو ما اذا استهلك مالها أو قطع يدها وقد اتفقوا على أصلين أحدهما أن الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به والآخر أن من أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه الاول مخرج على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثاني مخرج على الاصل الثاني بالاتفاق والوجه الثالث خرجه محمد رحمه الله على الاول وهما على الثاني وقوله (واذا أمر العبد المحجور) على الوجه الذي ذكره ظاهر وقوله (على ما بينا من قبل) اشارة الى ما ذكره قبيل فصل الجنين وقوله (لانه غير مضطر في دفع الزيادة) أي لا ضرورة في اعطاء الزيادة لانه يتخلص عن عهدة الضمان باعطاء الاقل من الفداء أو قيمة العبد لانه انما أتلف بامره ما هو الاقل منهما قال (واذا قتل العبد رجلين عمدا) كلامه واضح الى قوله وان دفعه دفعه اليهم أثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف (ويجب أن يرجع بعد العتق) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وانما قال ويجب أن يرجع بعد العتق الخ اذ لا رواية لذلك أقول ينبغي أن لا يرجع بشئ لان الامر لم يصح والامر لم يوقع في هذه الورطة لكمال عقل المامور بخلاف ما اذا كان المأمور صبيا انتهى أجيب بان أمره استخدام واتلاف بسببه مال المولى واذا استخدام العبد فعطب ضمن المستخدم كذا هذا فليتأمل

لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان قال (واذا أمر العبد المحجور عليه صبيا حرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية) لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل (ولا شئ على الآمر) وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان أهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال (وكذلك ان أمر عبدا) معناه أن يكون الآمر عبدا والمامور عبدا محجورا عليهما (يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء) ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب أن يرجع بعد العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال (واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم) لانه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف (فان كان قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطا) لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطا في كل الدية عشرة آلاف وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفا (وان دفعه دفعه اليهم أثلاثا ثلثاه لوليي الخطا وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة وقالا يدفعه أرباعا ثلاثة أرباعه لوليي الخطا وربعه لولي العمد)

انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا أخذه دينا ليس بشرح مطابق للمشروح وانما المطابق له أن يقال لان مال الحربي قد يضمن اذا أخذه وهو مستامن تدبر (قوله وان دفعه دفعه اليهم أثلاثا ثلثاه لوليي الخطا وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه أرباعا الخ) قال صاحب النهاية وأصل هذا

فكان منكرا لا مقرا كذا ذكره الامام السكتاني (قوله واذا أمر العبد المحجور عليه صبيا حرا) قيد بالعبد لانه لو كان الآمر حرا بالغا يرجع عاقلة الصبي على عاقلة الآمر وقيد بالمحجور عليه لانه لو كان مكاتبا بالغا يرجع عاقلة الصبي عليه باقل من قيمته ومن الدية بخلاف ما اذا كان الآمر عبدا ماذونا حيث لا يرجعون عليه الا بعد العتق وقوله صبيا حرا قيد بالحر لانه لو كان عبدا لا يجب الدية بل يدفع أو يفدى (قوله وكذلك ان أمر عبدا) معناه أن يكون الآمر والمامور عبدا محجورا عليهما الى أن قال ولا رجوع له على الاول في الحال وهذا الحكم لا يقتضي أن يكون الآمر والمامور كلاهما محجورا عليهما لا محالة بل يكتفي بان يكون الآمر محجورا عليه لانه اذا أمر العبد المحجور العبد الماذون وباقي المسئلة بحالها فالحكم كذلك أما لو كان الآمر عبدا ماذونا والمامور عبدا محجورا أو ماذونا يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع أو الفداء على رقبة العبد الآمر في الحال بقيمة عبده لان الآمر بامره صار غاصبا للمامور فصار كاقراره بالغصب والعبد الماذون لو أقر بالغصب يؤاخذ به في حال رقبه بخلاف المحجور على ما ذكرنا فان قيل كيف يكون غاصبا للعبد بالامر وهو قول والغصب لا يكون الا بالنقل والتحويل قلنا ان لم يوجد منه النقل فقد وجد منه الامر بالنقل فاقيم مقام النقل كمن أمر عبدا ليحمل له حملا وهلك منه ضمن الآمر وان لم يوجد منه النقل لكن لما وجد منه الامر بالنقل أقيم

وتحصل هذا ما اتفقوا عليه أن قسمة العين اذا وجبت بسبب دين فى الذمة كالغريمين فى التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق فى الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه وأما اذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين فى الذمة كمسئلة بيع الفضولى وهى أن فضوليا لو باع عبد انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجازا لمالك البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت فى العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال واذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى هذه المسئلة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطا وربعه للساكت من ولي العمد لان حق ولي العمد كان فى جميع الرقبة فاذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطا بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطا والساكت من ولي العمد فى هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا كما فى مسئلة الفضوليين ولابى حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس فى عين العبد بل فى الارش الذى هو بدل المتلف والقسمة فى غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطا فى عشرة آلاف وحق شريك العافى فى خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألفان لرجل وألف لآخر مات وترك ألف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولى لان الملك يثبت للمشترى فى العين ابتداء وقوله (واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) فسره المصنف رحمه الله بقوله أى قريبا لهما كما قال الله تعالى وانى خفت الموالى من ورائى أى الاقارب ويحتمل أن يراد به عبد لهما أعتقاه فعفا أحدهما بطل حق الآخر فى النفس والمال جميعا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يقال للعافى ادفع نصف نصيبك الى شريكك أو افده بربع الدية وذكر فى بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبى حنيفة رحمه الله والاشهر أنه مع أبى يوسف رحمه الله قال أبو يوسف ومحمد ان حق كل واحد من الموليين فى نصف القصاص شائعا. (فعفا

فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطا بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين فى النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها فى الزيادات قال (واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) أى قريبا لهما

ما اتفقوا عليه وهو أن قسمة العين اذا وجبت بسبب دين فى الذمة كالغريمين فى التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لانه لا تضايق فى الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه أما اذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين فى الذمة كما فى مسئلة بيع الفضولى وهى أن فضوليا لو باع عبد انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا وكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت فى العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال ولما ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى مسئلتنا هذه ثلاثة ارباع العبد

مقامه كذلك ههنا كذا ذكره الامام المحبوبى (قوله أصله التركة المستغرقة) أى اذا اجتمعت الديون المتفاوتة فى التركة وضاقت عن الوفاء تقسم التركة بين أرباب الديون أثلاثا بطريق العول اجماعا حتى لو مات رجل وترك ألفا ولرجل عليه ألف ولآخر عليه ألفان فالالف المتروكة تقسم بينهما بطريق العول وفى عبد مأذون بين رجلين أدانه أحدهما ألفا وأجنبى ألفا فبيع بالف ان مات وترك ألفا فعنده عولية وعندهما نزاعية وهنا مسائل فى بعضها القسمة عولية اجماعا وفى بعضها نزاعية وفى بعضها عولية عند أبى حنيفة رحمه الله ونزاعية عندهما وفى بعضها الامر بالعكس والاصل عندهما أن الحقين متى ثبتا على الشيوع فى وقت واحد فالقسمة عولية وان ثبتا على وجه التمييز أو فى وقتين مختلفين فالقسمة نزاعية وهذا لان القياس يابى القسمة بطريق العول لان تفسيره أن يضرب كل واحد منهما بجميع حقه أحدهما بنصف المال والآخر بكله والمال الواحد لا يكون له كل ونصف وانما ترك القياس فى الميراث باجماع الصحابة رضى الله عنهم فيلحق

(قوله فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه) أقول يخالف لما أسلفه فى باب ما يدعيه الرجلان فراجعه (قوله وأما اذا وجبت قسمة العين ابتداء) أقول ولم يكن تعلق الحق بالعين على وجه الشيوع لكل واحد فى البعض ولا بد من هذا التقييد على ما صرحوا فانه اذا كان ثبوت حق فى العين على هذا الوجه تكون القسمة عولية عنده وعندهما أيضا لا بد من التقييد بان لا يكون تعلق الحقين على وجه الشيوع فى وقت واحد ولا تكون القسمة عولية (قوله فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت الخ) أقول فيه بحث (قوله ولابى حنيفة أن أصل حقهما ليس فى عين العبد بل فى الارش الذى هو بدل المتلف والقسمة فى غير العين تكون بطريق العول والمضاربة) أقول سبق من المصنف فى أول الباب أن الواجب الاصلى هو الدفع فى الصحيح وان كان للمولى حق النقل الى الفداء وما ذكره الشارح يخالفه كما لا يخفى ثم قول المصنف هنا لان الحق تعلق بالرقبة يخالف ما ذكره الشارح أيضا الا أن يراد بالرقبة الذمة مجازا

لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لان العبد فى حق الدم مبقى على أصل الحرية والمولى فى دمه كأجنبى فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع فى الكل فيكون نصفه فى نصيبه ونصفه فى نصيب صاحبه فما يكون فى نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده دينا وما كان فى نصيب صاحبه بقى وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع أو يفديه بربع الدية ولابى حنيفة رحمه الله أن نصيب العافى قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل أن يكون كله فى ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل أن يكون كله فى ملك نفسه فيبطل أصلا ويحتمل أن يكون نصفه فى ملك نفسه ونصفه فى نصيب العافى فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل هذا واحتمل ذاك لا ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك ووقع فى نسخ الهداية فى هذا الموضع اختلاف كثير والتعويل على المسموع

قال المصنف (لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له) أقول قال العلامة الاتقانى فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع فى الكل فيكون نصفه فى نصيبه والنصف فى نصيب صاحبه فما يكون فى نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان فى نصيب صاحبه بقى ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افده بربع الدية ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا يقضى منه ديونه وينفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى يستوجب على عبده دينا فلا يخلفه الورثة فيه الى هنا لفظ صاحب الهداية فيها فى بعض نسخها ولم يكتب هذه النسخة فى أكثر نسخها والحق أن يكتب لانه اذا لم يكتب تخلو مسئلة الجامع الصغير عن الدليل أصلا انتهى وأنت خبير بان التعليل المذكور مختص بوضع الديات وتبقى مسئلة الجامع الصغير خالية عن التعليل البتة

(فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبى حنيفة وقالا يدفع الذى عفا نصف نصيبه الى الآخر أو يفديه بربع الدية) وذكر فى بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب أيضا وذكر فى بعض النسخ قول محمد مع أبى حنيفة وذكر فى الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف الجواب فيه كالجواب فى مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابى يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت فى العبد على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع فى الكل فيكون نصفه فى نصيبه والنصف فى نصيب صاحبه فما يكون فى نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان فى نصيب صاحبه بقى ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افده بربع الدية ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه

المدفوع لولي الخطا وربعه للساكت من ولي العمد لان حق ولي العمد كان فى جميع الرقبة فاذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطا بهذا النصف بلا منازعة بقى النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطا والساكت من ولي العمد فى هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما فى مسئلة الفضوليين ولابى حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس فى عين العبد

ما كان فى معناه وفى التركة اذا اجتمعت فيها حقوق متفاوتة تثبت فى وقت واحد وهو حالة الموت فكانت فى معنى الميراث وكذا فى الوصايا والاصل عنده أن قسمة العين متى كانت لحق ثابت فى الذمة أو لحق يثبت فى العين على وجه الشيوع لكل واحد فى البعض فالقسمة عولية ومتى وجبت القسمة فى العين لحق ثبت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما فى البعض الشائع وحق الآخر فى الكل فالقسمة نزاعية وهذا لان الحقوق متى وجبت فى الذمة فقد استوت فى القوة فيضرب كل واحد بكل حقه فى العين وكذا اذا كان كل واحد فى العين ولكن فى الجزء الشائع فقد استوت الحقوق فى القوة لانه ما من جزء ثبت فيه حق أحدهما الا وللآخر أن يزاحمه والاصل فى قسمة العول الارث كما قال. وثم حق كل واحد منهم ثبت فى البعض الشائع أما اذا ثبت الحقان على وجه التمييز فلم يكن فى معنى الميراث وفى مسائل العفو القسمة انما وجبت لحق ثابت فى الذمة لان حق كل واحد منهما فى موجب الجناية وموجب الجناية يكون فى الذمة فكانت القسمة عولية وعلى هذا تخرج المسائل (قوله فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يدفع الذى عفا نصف نصيبه الى الآخر أو يفديه بربع الدية) لابى حنيفة رحمه الله أن القصاص واجب لكل واحد منهما فى النصف من غير تعيين فاذا انقلب مالا احتمل الوجوب من كل وجه بان يعتبر متعلقا بنصيب صاحبه واحتمل السقوط من كل وجه بان يعتبر متعلقا بنصيب نفسه واحتمل النصف بان يعتبر متعلقا بهما شائعا فلا يجب المال بالشك ولهما أن نصيب من لم يعف لما انقلب مالا بعفو صاحبه صار نصفه فى ملكه ونصفه فى ملك صاحبه فما أصاب ملك صاحبه لم يسقط وهو الربع وما أصاب ملك نفسه سقط (قوله وذكر فى بعض النسخ قول محمد رحمه الله مع قول أبى حنيفة رحمه الله) أى فى نسخ الجامع الصغير والاشهر أنه مع أبى يوسف رحمه الله

(فصل) (ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف الا عشرة وفى الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعى تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك فى يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما أن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى

بل فى الارش الذى هو بدل المتلف والقسمة فى غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطأ فى عشرة وحق شريك العافى فى خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف لرجل وألفان لآخر مات المديون وترك ألفا كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف فكذا ههنا بخلاف بيع الفضولى لان الملك يثبت للمشترى فى العين ابتداء الى هذا أشار الامام قاضيخان والمحبوبى فى الجامع الصغير الى هنا كلامه واقتفى أثره فى هذا الشرح والبيان صاحبا العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظر لان المصنف صرح فى أوائل هذا الباب بان الواجب الاصلى فى جناية المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان للمولى حق النقل الى الفداء كما فى مال الزكاة وصرح به أيضا عامة الفقهاء فى كتبهم فما معنى بناء قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة على أن أصل حقهما ليس فى عين العبد بل فى الارش وهل يقتضى هذا أن يكون الواجب الاصلى فى جناية المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد ثم ان قول المصنف فى بيان طريقة أبى حنيفة رحمه الله ههنا لان الحق تعلق بالرقبة ينبو عما ذكره هؤلاء الشراح فى تعليل قول أبى حنيفة رحمه الله فى هذه المسئلة كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة

(فصل فى الجناية على العبد) لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع فى بيان أحكام الجناية على العبد وقدم الاولى ترجيحا لجانب الفاعلية كذا فى العناية وهو حق الاداء وقال فى النهاية وغاية البيان انما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا (أقول) فيه بحث لانه ان أريد أن ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع اذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة مثلا يجوز أن يكون عمر المجنى عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجانى عشرين سنة أو أقل وان أريد أن فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا فهو أيضا ممنوع فان المفعولية والفاعلية توجدان معا فى آن واحد وهو آن تعلق الفعل المتعدى بالمفعول بوقوعه عليه اذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد

(فصل) (قوله وفى الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة) هذا أظهر الروايتين وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه يجب خمسة آلاف درهم الا خمسة (قوله وقال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله تجب قيمته بالغة ما بلغت) وهذا القول من أبى يوسف رحمه الله قوله الآخر وكان يقول أولا مثل قولهما وهذا الاختلاف بناء على أن الواجب بقتل العبد خطأ ضمان المال أم ضمان النفس فأبو يوسف والشافعى رحمهما الله رجحا جانب المالية لان ضمان المال بالمال أصل وضمان ما ليس بمال بالمال بخلاف الاصل ومهما أمكن ايجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار الى ايجابه بخلاف القياس (قوله ولهذا يجب للمولى) يعنى لو كان بدل الدم لكان للعبد اذ هو فى حق الدية مبقى على أصل الحرية ولهذا لا ينفذ اقرار المولى بالقصاص على عبده فان قيل وجوب الدية للمولى لا يدل على كونه بدل المالية ألا ترى أن القصاص يجب للمولى لو قتل عبده عمدا وهو ليس بمقابلة المالية بالاتفاق قلنا استيفاء القصاص بنى على الولاية قال عليه السلام السلطان ولى من لا ولى له والمولى ولى العبد فيجب القصاص له فأما استحقاق المال لا يبتنى على الولاية بل على الارث اذا وجد سببه ولا يجرى الارث بين المولى وعبده فعلم أنه انما يستحقه ليجبر به فوات ماله كما فى سائر الاموال وكما فى الغصب

(فصل) لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع فى بيان أحكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية (ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف درهم الا عشرة وفى الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضى لها بخمسة آلاف الا عشرة (وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله) وهو قول أبى يوسف رحمه الله أولا (وقال أبو يوسف) آخرا وهو قول الشافعى رحمه الله تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا وهلك فى يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما أن الضمان بدل المالية) وبدل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة أما أنه بدل المالية فلانه (يجب للمولى

(فصل ومن قتل عبدا خطأ)

وهو

وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلا) ان بقى العين (أو بدلا) ان هلكت (وصار كقليل القيمة وكالغصب) وأما أنه بدل المالية بالقيمة فظاهر وهذا كما ترى ترجيح لجانب المالية على الآدمية لان المماثلة واجب الرعاية والرعاية فى ذلك أكثر لان المال وان كثر لا يماثل النفس ويماثل المال (ولابى حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله) ووجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا (والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا) بلا خلاف (وفيه معنى المالية) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف (والآدمية أعلاهما) لا محالة (فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما) اذ العكس يفضى الى اهدارهما جميعا لان الآدمية أصل لقيام المالية بها وفى اهدار الاصل اهدار التابع واهدار أحدهما أولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم أن الجمع بينهما متعذر بل بايجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما أجيب بان الجمع انما يوجد بايجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الاجماع وقوله (وضمان الغصب) جواب عن قولهما وكان كالغصب وقوله (و بقاء العقد) جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع

وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابى حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أوجبها مطلقا وهى اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك أمر الدية

(قوله ولابى حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أوجبها مطلقا وهى اسم للواجب بمقابلة الآدمية) وجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية كذا فى العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لو كان الواجب فيمن قتل العبد أيضا خطأ هو الدية التى تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغى أن لا تتفاوت ديات العبيد فى المقدار لتساويهم فى الآدمية كما لا تتفاوت ديات الاحرار فى القيمة لتساويهم فى ذلك وان كان بعضهم أشرف من بعض بوجوه شتى مع أن ديات العبيد تتفاوت فى المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتامل (قوله ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والآدمية أعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضى الى اهدارهما جميعا لان الآدمية أصل لقيام المالية بها وفى اهدار الاصل اهدار التابع واهدار أحدهما أولى من اهدارهما انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بانه منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الاصل دون التابع انتهى (أقول) ليس هذا بوارد فان اهدار أحدهما انما يتصور فيما اذا وجد اتلافهما معا فاعتبر أحدهما واهدار الآخر بان يعطى لاتلاف أحدهما حكم شرعى دون اتلاف الآخر كما فيما نحن فيه فان فى قتل العبد اتلاف آدمية ومالية معا بخلاف الغصب اذ ليس فيه اتلاف الآدمية أصلا وانما الحاصل به اتلاف المالية بازالة اليد المحقة عنه واثبات اليد المبطلة فيه كما أشار اليه المصنف بقوله وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال فحيث لم يوجد فيه اتلاف الآدمية لم يلزم فيه اهدار الاصل الذى هو الآدمية فان معنى اهداره أن لا يعطى لاتلافه حكم شرعى فاذا لم يوجد اتلافه لم يتصور أن يترتب عليه حكم شرعى فمن أين يلزم اهداره

(قوله ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد) أى لو لم يكن الضمان بدل المالية لما بقى العقد باعتباره لان البيع يتناول المالية (قوله عند تعذر الجمع بينهما ودليل) لتعذره انه لا يضمن الدية مع كمال القيمة فى الخطا ولا يستوفى القصاص مع كمال القيمة فى العمد (قوله وضمان الغصب بمقابلة المالية) اذ الغصب لا يرد الا على المال وليس القتل بمنزلة استهلاك سائر الاموال لان ضمان الاموال يشبه ضمان التجارة ألا ترى ان العبد المأذون لو أقر بقتل دابة انسان جاز اقراره وبقتل عبده لم يجز اقراره وكذا تجب الكفارة بقتل العبد دون قتل الدابة على ان ضمان قتل العبد ضمان الجناية فيكون سبيله سبيل الجنايات دون سبيل ضمان الاموال (قوله وبقاء العقد يتبع الفائدة) هذا جواب عما قالا ان العقد باق بعد ما قتل المبيع فى يد البائع وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا فاجاب ان بقاء العقد فى تلك الصورة لاشتمال البقاء على الفائدة لا لكون القيمة بدلا عن المالية بدليل ان القتل لو كان عمدا يبقى العقد أيضا لاشتمال البقاء على فائدة التخيير بين فسخ البيع واستيفاء القصاص فكما ان القصاص ليس ببدل المالية اجماعا فكذا أمر الدية (قوله

(قوله لان الآدمية أصل لقيام المالية بها وفى اهدار الاصل اهدار التابع) أقول منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الاصل دون التابع

وقوله (وفى قليل القيمة) جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة وقوله (بأثر عبد الله بن مسعود رضى الله عنه) وقع فى بعض النسخ ابن عباس رضى الله عنهما وهو ما روى عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر و ينقص منه عشرة دراهم والاول أصح لموافقته لاكثر النسخ واعترض بان أثر ابن مسعود رضى الله عنه معارض بما روى ان عمر وعليا وابن عمر رضى الله عنهم أوجبوا فى قتل العبد قيمته بالغة

وفى قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها فى العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضى الله عنهما قال (وفى يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة) لان اليد من الآدمى نصفه فتعتبر بكله و ينقص هذا المقدار اظهارا الانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة فى العبد كالدية فى الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فماتت فى يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا قصاص فى ذلك وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه ذلك الى أن يعتقه و يبطل الفضل) وانما لم يجب القصاص فى الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

تفكر (قوله وفى قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا) أقول فيه اشكال اذ قد تقرر فى علم الاصول وشاع فى علم الفروع أيضا أن الرأى والقياس لا يجريان فى المقادير بل انما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة ههنا بالرأى من غير سمع وأيضا ان العبيد لا يتفاوتون فى نفس الآدمية لا محالة وعن هذا لا يتفاوتون فى شئ من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الآدمية كالتكليف بالايمان والصلاة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الآدمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون فى القيم (قوله وان غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فماتت فى يده فعليه تمام قيمتها) أقول لقائل أن يقول ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا وهلك فى يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع فما وجه الاعادة ههنا وتكرار مسئلة واحدة فى موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لا يخفى و يمكن أن يقال أصل المسئلة ما ذكر ههنا فانه المذكور فى الجامع الصغير والبداية والذى ذكر فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد فرقا بين مسئلة قتل العبد خطأ و بين مسئلة غصبه فى الحكم حيث يجب فى الاولى أقل من عشرة آلاف درهم اذا زادت قيمته على دية الحر عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف والشافعى و يجب فى الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وجمعا للدليلى تينك المسئلتين فى البيان فى موضع واحد (قوله وانما لم يجب القصاص فى الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضى الله عنهما) وفى عامة الكتب بأثر عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وهو لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وتنقص منه عشرة دراهم وهذا كالمروى عن رسول الله عليه السلام لان المقادير لا تعرف بالقياس وانما طريق معرفتها السماع من صاحب الوحى (قوله وفى يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة) هذا الذى ذكره خلاف ظاهر الرواية وفى المبسوط يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت فى الصحيح من الجواب الا فى رواية عن محمد رحمه الله انه يجب فى قطع يده خمسة آلاف الا خمسة وهذا لان العبد فى حكم الجناية على اطرافه بمنزلة المال ولهذا لا يجب القصاص بحال ولا تتحملها العاقلة الا ان محمدا رحمه الله قال فى بعض الروايات القول بهذا يؤدى الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله كما لو قطع يد

ما بلغت وأجيب بان المروى عن ابن مسعود رضى الله عنه أرجح لان فيه ذكر المقدار وهو مما لا يهتدى اليه العقل وليس فيما روى عن غيره ذلك بل فيه قياس سائر الاموال من تبليغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولا على أنهم قالوا بالرأى ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة) أى لا يزاد على هذا المقدار قال فى النهاية هذا الذى ذكره خلاف ظاهر الرواية لانه ذكر فى المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا أن المعتبر فيه المالية لانه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا أن محمدا رحمه الله قال فى بعض الروايات القول بهذا يؤدى الى أنه يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى أنه قال فلهذا قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة وقوله (لان القيمة فى العبد كالدية فى الحر) يعنى يجب فى موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب فى الحر نصف عشر الدية (اذ هو) أى القيمة (بدل الدم على ما قررنا) اشارة الى قوله ولابى حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله وقوله (وان غصب أمة) ظاهر قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى) صورة المسئلة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب وقوله (فى الوجه الاول) يعنى فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله (لاشتباه من له الحق) يعنى المستوفى وجهالته تمنع القصاص

(قوله ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وفيه الكلام) أى فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقيل أى فى وجوبه على وجه يستوفى لا على أصل الوجوب لانه لافادة الاستيفاء فاذا فات المقصود سقط اعتباره وقيل أى فى تعذر الاستيفاء وقيل أى فى تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه أن تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء وقوله (واجتماعهم لا يزيل الاشتباه) جواب عما يقال سلمنا أن من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما ووجهه أن اجتماعهم لا يزيله لان الملك فى الحالين مختلف فان الملك للمولى

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهم لا يزيل الاشتباه لان الملكين فى الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل و برقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد فى الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه الخ) واعترض عليه بعض العلماء بانه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما لو ضرب الامة الحاملة فأعتق المولى الامة ثم ألقته حيا فمات الولد بان المعتبر حالة الضرب حتى تجب القيمة لا الدية اه أقول ليس هذا بشئ اذ قد صرحوا فى بيان تلك المسئلة بانا عتبرنا حالتى الضرب والتلف معا فاوجبنا القيمة دون الدية باعتبار الحالة الضرب وأوجبنا قيمته حيا اعتبارا الحالة التلف وقد مر ذلك فى الكتاب وشروحه مفصلا فى أواخر فصل الجنين فكان ذلك البعض حفظ بعض ما ذكر هناك ونسى بعضه فزعم أن المعتبر هناك حالة الضرب فقط (قوله وفيه الكلام) قال صاحب النهاية أى الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة سوى المولى وقال ووصل شيخى بخطه الضمير فى وفيه الى وتعذر الاستيفاء لكن مآل ذلك الى ما قلنا اه وقال صاحب الكفاية قوله وفيه الكلام أى فى وجوبه على وجه يستوفى ولا كلام فى أصل الوجوب لان الوجوب لافادة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره اه وقال صاحب الغاية قوله وفيه الكلام أى كلامنا فى تحقق اشتباه من له حق استيفاء القصاص يعنى ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء اه واختار صاحب العناية من بين تلك الاقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام أى وفيما اذا كان له ورثة غير المولى ونقل سائر الاقوال بقوله وقيل وقيل وقيل أقول ما ذهب اليه صاحب النهاية فى تفسير مراد المصنف ههنا واختاره صاحب العناية ليس بشئ عندى لان المصنف بعد ان قال فيما قبل وانما لا يجب القصاص فى الوجه الاول مريدا به ما اذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح قاطبة كيف يحتاج هنا الى أن يقول والكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى وهلا يكون هذا لغوا من الكلام كما تشهد به الفطرة السليمة واما ما ذهب اليه شيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن الركاكة بل عن اللغوية أيضا كما يدركه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح ههنا ما ذهب اليه صاحب الكفاية اذ ينتظم المعنى حينئذ جدا و يتعلق الكلام بقريبه المتصل به من حيث اللفظ كما ترى (قوله فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه) قال جمهور الشراح فى تفسير ما يحتاط فيه أى الذى لا يثبت بالشبهات وقالوا فانه يحترز

عبدا والعبد يساوى ثلاثين الفا ضمن خمسة عشر ألفا (قوله وفيه الكلام) أى فى وجوبه على وجه يستوفى ولا كلام فى أصل الوجوب لان الوجوب لافادة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره (قوله لان الملكين فى الحالين) الملك للمولى وقت الموت دون الجرح وعند الاجتماع لا يثبت الملك على الدوام فى الحالين لكل واحد منهما (قوله لانه الملك) أى سبب الولاية الملك على اعتبار احدى الحالتين أى حالة الجرح والوارثة بالولاء على اعتبار الحالة الاخرى وهى حالة الموت بعد العتق (قوله فيما يحتاط فيه) أى فيما لا يثبت بالشبهات

وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام فى الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا (بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل و برقبته لآخر) فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له فى الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة فاتت لا الى بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقد رضى الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه وقوله (على اعتبار احدى الحالتين) وهى حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هى حالة الموت بعد العتق وقوله (فيما يحتاط فيه) يعنى فى الذى لا يثبت بالشبهات فانه يحترز بهذا عمن قال لآخر لك على ألف من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع البدل والاباحة فيها فلا يبالى باختلاف السبب كذا فى الشروح وفيه

نظر فان الاحتراز بالذى لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك والاولى أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج

قوله والاموال ليست كذلك) أقول فيه بحث بل هى كذلك ألا يرى أنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين على ما مر تفصيله ولعل الشبهة انما نشأت من اشتباه الشبهة بالشك فانها لا تثبت بالثانى دون الاول فتامل

فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات أو يفسر بالذى لا يجرى فيه البدل وهو راجع الى الاول وموله (ولان الاعتاق قاطع للسراية) دليل آخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص ألا ترى أن من جرح عبد انسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا

قال لآخر بعتنى هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتهامنك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضى له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضى له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لا يختلف

بهذا عمن قال لآخر لك على ألف من قرض فقال المقر له بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع فيها البدل والاباحة فلا يبالى باختلاف السبب اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح فيه نظر لان الاحتراز بالذى لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك اه أقول هذا النظر ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات ألا ترى الى ما صرحوا به فى كتاب الشهادة من أن فى شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات من الحدود والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت أو غير مال ثم قال صاحب العناية والاولى أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات اه أقول فيه خلل أما أولا فلان المصنف ما استشهد بعده بحل الوطء وانما استشهد بعدم حله كما ترى وأما ثانيا فلان حل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعا نعم لا يجب الحد بالوطء بشبهة الملك أو بشبهة الحل لكن لا يحل الوطء بشئ من ذلك كما عرف فى كتاب الحدود فان وجه الخلل الاول بتقدير المضاف بان يكون الاصل بعدم حل الوطء يبقى الخلل الثانى بلا تحمل توجيه ثم ان بعض الفضلاء قال فى نقل عبارة العناية وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لفظة ما نافية أقول نسخ العناية التى رأيناها لا توافق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يرتفع الاشكال عن كلام صاحب العناية ههنا لانه لما فسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج لزم أن يحترز به عن الاموال بالضرورة لانها ليست من الدماء ولا من الفروج فان كان عبارة العناية فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات وكان لفظة ما نافية لزم أن يرد عليه مثل النظر الذى أورده على سائر الشروح بان يقال الاموال أيضا لا تثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به فى معنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فيلزم أن يكون ما عده أولى مشترك الالزام تأمل تفهم (قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص) هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله تعالى وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص

احترز بهذا عمن قال لآخر لك على ألف درهم من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال ويجرى البذل والاباحة فيها ولا يبالى باختلاف السبب (قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية) حتى ان من جرح عبد انسان خطأ ثم اعتقه مولاه ثم مات من تلك الجراحة تنقطع السراية فلا يلزمه الدية ولا القيمة وانما يضمن النقصان بالاتفاق وفى العمد يمتنع القصاص عند محمد رحمه الله لان الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع لا توجب القصاص فى النفس (قوله ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية) أى ثبوت ولاية استيفاء القصاص فى العمد للمولى (قوله لان المقضى له مجهول) لانا لو اعتبرنا حالة الجرح فالمقضى له المولى ولو اعتبرنا حالة الموت فالمقضى له الورثة (قوله ولا معتبر باختلاف السبب هنا) أى فى الفصل الثانى وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المالك فى العمد واختلاف السبب هو أنا لو اعتبرنا حالة الجرح كان

فعند محمد رحمه الله لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعهما يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كانه تلف بآفة سماوية فان قيل ينبغى أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية أجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبين أن الجناية قتل لا قطع (ولهما أنا تيقنا) ثبوت ولاية الاستيفاء فى العمد للمولى فيستوفيه (لان المقضى له) وهو المولى (معلوم والحكم) وهو استيفاء القصاص (متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الاول) يعنى ما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق (لان المقضى له مجهول) لانا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضى له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة (ولا معتبر باختلاف السبب هنا) أى فى الفصل الثانى وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى فى العمد لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو فى الحالين لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعنى المستشهد بها بقوله كما اذا قال لآخر بعتنى هذه الجارية الخ فان الحكم فيها مختلف (لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما) لان ملك النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين قد لا يثبته ولو أثبته لم يكن مقصودا واختلف الحكم كما اختلف السبب

(قوله فانه يستشهد بعده بحل الوطء) أقول أى بعدم حل الوطء فالمضاف مقدر (قوله وما يثبت بالشبهات) أقول لفظة ما نافية

بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك فى الخطا دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذى يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص فى الفصلين عند محمد يجب أرش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه

ألا ترى أن من جرح عبد انسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رحمه الله تعالى لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعهما يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كانه تلف بآفة سماوية كذا فى العناية وكثير من الشروح وقال فى العناية بعد ذلك فان قيل ينبغى أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية أجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبين له ان الجناية قتل لا قطع اه أقول فيه بحث وهو انه ان أراد بقوله فى السؤال ينبغى أن يجب أرش اليد للمولى أنه ينبغى أن يجب ذلك فى مسئلة الكتاب كما هو الظاهر من قوله أرش اليد دون أن يقول أرش الجرح فلا ورود للسؤال المذكور أصلا اذ يجب أرش اليد للمولى عند محمد فى مسئلة الكتاب على ما صرح به فى الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بانه ينبغى على مقتضاه أن يجب أرش اليد للمولى وان أراد به أنه ينبغى أن يجب ذلك فى المسئلة التى ذكروها ههنا على سبيل التنوير وهى ان من جرح عبد انسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فللسؤال المذكور ورود ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسئلة الكتاب فانه يجرى فيها أيضا مع انه يجب فيها أرش اليد عند محمد كما حققته تدبر (قوله وذلك فى الخطا دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فجاء الاشتباه) أقول فى هذا المقام ضرب من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت الا انه لا يتقرر عليه بل ينتقل الى المولى بالوراثة فكان من له الحق فى المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه ألا يرى الى قول المصنف فى صورة العمد وعلى اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذى يتولاه اذ لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان اختلاف من له الحق ابتداء كاف فى تحقق الاشتباه المقتضى لقطع الاعتاق السراية واتحاده بالنظر الى الانتهاء والمال غير مفيد فى دفع ذلك يتجه الاشكال على صورة العمد فان حق القصاص فى هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد مبقى على أصل الحرية فى حق القصاص كما صرحوا به وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى من ان حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير أن ينتقل اليه بطريق الوراثة كما فى الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لانه ملك الفعل ولا

السبب هو الملك ولو اعتبرنا حالة الموت كان السبب هو الولاء ولا اعتبار له لان المقصود وهو الحكم الذى هو استيفاء القصاص متحد (قوله بخلاف تلك المسئلة) أى مسئلة الجارية (قوله لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما) وذلك لان النكاح يثبت الحل مقصودا والبيع لا يثبته ولو اثبته لا يثبته مقصودا فاختلف الحكم كما لو اختلف السبب فاذا لم يثبت الحل وقال شيخ الاسلام رحمه الله اذا قال لك على ألف من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال لانا نلغى القرض والبيع لانكار كل منهما ما ادعاه صاحبه على الآخر ويبقى الاقرار بمطلق المال وذلك كاف لاستحقاق المال لانه يكون بذلا من المقر والبذل يجرى فى المال كما فى القضاء بالنكول بخلاف مسئلة الجارية فان حل الوطء مما لا يثبت بالرأى (قوله وعندهما الجواب فى الفصل الاول) وهو ما اذا كان له وارث غير المولى كالجواب عند محمد رحمه الله فى

وقوله (والاعتاق لا يقطع السراية) جواب عن قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية ومعناه الاعتاق قاطع للسراية فى صورة الخطا دون العمد وذلك لانه لا يقطع السراية (لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك فى الخطأ لان العبد لا يصلح مالكا للمال) فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق (وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه) فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه اذ الفرض أنه (لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق) والحاصل من هذا كله ان صور من قطع يد عبد غيره فاعتقه المولى ثم مات لا تزيد على أربع لانه اما ان قطع عمدا أو خطأ فان كان الاول فاما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن فان كان يقطع الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به وان لم يكن لا يقطعها

عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وان كان الثانى فلا عتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث أولم يكن فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقى ظاهر قال (ومن قال لعبديه أحد كما حر ثم شجا) اذا قال لعبديه أحد كما حر ثم شجا (فاوقع العتق على أحدهما) أى بين ذلك المبهم بالتعيين فى أحدهما وانما ذكره بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما فى حق الارش معينا وان كان ظهر وقوع العتق على أحدهما فى بعض الصور كما فى الموت والقتل فانه اذا قال أحد كما حر فمات أحدهما أو قتل تعين العتق للآخر (فارشهما للمولى لان العتق غير نازل فى المعين والشجة تصادف العين فبقيا مملوكين فى حق الشجة) فيكون أرشهما للمالك (ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد) لا قيمة عبدين ولا دية حرين (والفرق ان البيان وهو تعيين العتق المبهم فى أحدهما انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف) فى أصول الفقه أن البيان انشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لا يصح واظهار من وجه (٢٩٢) حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من وجه لما أجبر عليه اذ المرء لا يجبر على انشاء العتق والعبد (بعد الشجة محل للبيان فاعتبر انشاء فى حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل) والاصل فى هذا أن القاتل اما أن يكون واحدا أو اثنين فان كان واحدا فاما أن قتلهما معا أو متعاقبا فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وان كانت فكل واحد منهما تجب ديته فى حال وقيمته فى حال ويقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان وأما اذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن أنه قتل عبدا وحرا وقتل الحر يوجب الدية وليس أحدهما أولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وان كان الثانى فقد تعينت الحرية فى الثانى بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثانى للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا أو متعاقبا فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل أحدهما بعينه والعتق فى حق العين كانه غير نازل وانما هو نازل فى المنكر ولا نتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين فى المبسوط ان ذلك للمولى أو لورثتهما وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة فان العتق فى حق المولى ثابت فى أحدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين وان لم يدر أيهما قتل أولا فالحكم كذلك وان كان الثانى فعلى القاتل الاول قيمته لمولاه وعلى الثانى دية الثانى لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ما ذكره المصنف رحمه الله فيما اذا كان قتلهما معا سواء كان القاتل واحدا أو اثنين

ويبطل الفضل وعندهما الجواب فى الفصل الاول كالجواب عند محمد فى الثانى قال (ومن قال لعبديه أحد كما حر ثم شجا فاوقع العتق على أحدهما فارشهما للمولى) لان العتق غير نازل فى المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة (ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد) والفرق أن البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقى محلا للبيان فاعتبر انشاء فى حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك

يتصور الفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من أهل الملك فى الاموال كما اذا نصب شبكة وتعقل بها صيد بعد موته على ما تقرر كما فى أول باب الشهادة فى القتل من كتاب الجنايات فيلزم اشتباه من له الحق ابتداء فى صورة العمد أيضا على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى فلا يظهر الفرق بين صورتى الخطا والعمد بالوجه المذكور فى الكتاب على أصله فلا يتم التقريب على قوله فى مسئلتنا فليتامل فى الدفع (قوله وبعد الشجة بقى محلا للبيان فاعتبر انشاء فى حقهما) أقول لقائل أن يقول الظاهر المطابق لوضع المسئلة أن يقال فاعتبر

الفصل الثانى وهو ما اذا لم يكن له وارث (قوله فاوقع العتق على احدهما) أى بين وانما ذكر لفظ الايقاع لان العتق غير نازل فى المعين (قوله ولو قتلهما رجل يجب دية حر وقيمة عبد) هذا اذا كان القاتل واحدا وقتلهما معا واستوت قيمتهما اما اذا كان القاتل اثنين فيجىء بعده واما اذا قتلهما الواحد على التعاقب فعليه قيمة الاول للمولى ودية الآخر لورثته لان بقتل احدهما تعين الآخر للعتق فتبين انه قتله وهو حر واما لو قتلهما معا كان عليه قيمته ودية حر ان استوت القيمتان وان اختلف فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن انه قتل عبدا وحرا وقتل الحر يوجب الدية وليس احدهما باولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما ولان البيان فات حين قتلا وعند فوت البيان يشيع العتق فيهما (قوله بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين) هذا اذا قتلهما معا ولا يدرى ايهما قتل أولا اما اذا قتلهما رجلان فان كان قتلهما على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمة الاول لمولاه وعلى القاتل الثانى ديته لورثته لان العتق تعين واما لو قتلاهما معا فعلى كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق فى حق المعين كانه غير نازل فكان كل واحد منهما لو كاعينا وانما نزل العتق فى المنكر ولا نتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر وانما يجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة

ولان القياس يأبى ثبوت العتق فى المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتناله ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهى فى النفس دون الاطراف فبقى مملوكا فى حقها قال (ومن فقأ عينى عبد فان شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وان شاء أمسكه ولا شئ له من النقصان عند أبى حنيفة وقالا ان شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد وأخذ قيمته) وقال الشافعى يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقى الباقى على ملكه كما اذا قطع احدى يديه أو فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة فى الذات وهى معتبرة فى حق الاطراف لسقوط اعتبارها فى حق الذات قصرا عليه

انشاء فى حق من أوقع العتق عليه وهو أحدهما المتعين بالبيان فتامل فى التوجيه (قوله ونحن نقول ان المالية قائمة فى الذات وهى معتبرة فى حق الاطراف لسقوط اعتبارها فى حق الذات قصرا عليه) قال جمهور الشراح فى حل هذا المقام يعنى ان المالية معتبرة فى حق الاطراف كما انها معتبرة فى حق الذات لسقوط اعتبار المالية فى حق الذات قصرا عليه أى لان اعتبار المالية فى حق الذات مقتصرا عليه ساقط بالاجماع يعنى لم يقتصر اعتبار المالية على الذات فحسب بل اعتبرت فى حق الذات والاطراف جميعا هذا زبدة ما قالوا (أقول) فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف هنا منافيا لما ذكره فى تعليل المسئلة المارة فى صدر هذا الفصل من قبل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حيث قال ولان فيه أى فى العبد معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اه فان مدلول ما قاله هنالك أن المالية التى هى أدنى من الآدمية مهدرة فى حق ذات العبد لتعذر الجمع بينها وبين الآدمية وانما المعتبرة فيه هى الآدمية عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ومدلول كلامه هنا على المعنى المذكور أن المالية معتبرة فى حق ذات العبد وأطرافه جميعا عند أئمتنا فبينهما تدافع لا يخفى ثم ان صاحب العناية من بين هؤلاء الجمهور قال فى تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالية قائمة فى الذات وهى معتبرة فى حق الاطراف لان اعتبارها فى حق الذات أى فى جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف اه (أقول) فيه خلل زائد اما أولا فلانه فسر الذات بجميع البدن وليس بصحيح لان جميع البدن من الاطراف قال فى الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فاليوم ننجيك ببدنك قالوا بجسد لا روح فيه اه وانما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس واتلافها بازالة الروح وأما ثانيا فلانه علل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف وليس بسديد لان ايجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية فى حق الاطراف لجواز أن يكون ايجابه اياه للآدمية كما فى الحر وقال تاج الشريعة من الشراح فى حل كلام المصنف هنا يعنى أن اعتبار المالية فى الاطراف لا فى الذات لانها تسلك مسلك الاموال ولهذا لا يتحملها العاقلة وفسر الذات فى قول المصنف المالية قائمة فى الذات بالعبد حيث قال أى فى العبد وقال فى شرح قوله لسقوط اعتبارها فى حق الذات قصرا عليه يعنى أن سقوط اعتبار المالية مقتصرا فى النفس لا فى الاطراف ووجوب الضمان بدل الآدمية لا بدل المالية ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فتكون المالية فى العبد باعتبار الاطراف اه (أقول) هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف فى تعليل المسئلة المارة فى صدر الفصل من قبل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان فى استفادته من عبارة المصنف ههنا تمحل كثير كما ترى لكنه غير مطابق لما ذكره هنالك من قبل أبى يوسف وكلامه هنا مسوق لاقامة الحجة على الشافعى من قبل أئمتنا جميعا ولهذا قال ونحن نقول فلا بد أن يطابق لاصلهم

(قوله ولان القياس) معطوف على قوله والفرق ان البيان انشاء (قوله لسقوط اعتبارها فى حق الذات قصرا عليه) أى لان اعتبار المالية فى حق الذات قصرا عليه ساقط أى لم يقتصر اعتبار المالية فى حق الذات فحسب

وقوله (ولان القياس) معطوف على أن فى قوله والفرق أن البيان انشاء ووجهه أن القياس (يابى ثبوت العتق فى المجهول) لانه لا يفيد فائدة العتق من أهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به فى الشرع (وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتناله ولاية النقل من المجهول الى المعلوم) بطريق البيان بتعيين المبهم فى أحدهما بعينه (فيتقدر بقدر الضرورة وهى فى النفس) لانها محل العتق (دون الاطراف) لانه ان حلها حل تبعا فيبقى العبد مملوكا فى حق الاطراف على أصل القياس قال (ومن فقأ عينى مملوك) هذه المسئلة تسمى مسئلة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ودليل الشافعى رحمه الله كذلك وقاس على ما اذا قطع يدى حر أو مدبر وعلى ما اذا قطع احدى يديه وفقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة فى الذات وهى معتبرة

فى حق الاطراف لان اعتبارها فى حق الذات أى جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف ولانها أولى باعتبار المالية فيها لانها يسلك بها مسالك الاموال واذا كانت معتبرة فى الاطراف كان قيامها فيها كقيامها فى الذات وفواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات فكان اتلاف الاطراف كاتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة (وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة) فيجب الضمان (والضمان يتقدر بقيمة الكل) وأداء قيمة الكل يقتضى (تملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عينى حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عينى المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفى قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة) حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس ولما فرغ من الاستدلال على الشافعى رحمه الله شرع فى الاستدلال لبعض أصحابنا رحمهم الله فقال (ولهما) أى لابى يوسف ومحمد رحمهما الله (أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذى ذكرناه) وهو قوله وقالا ان شاء أمسك العبد الخ وبين الملازمة بقوله (كما فى سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله أن المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الاطراف أيضا ألا ترى أن عبدا الخ) وهو واضح وقوله (ثم من أحكام الاولى) أى الآدمية (أن لا ينقسم على الاجزاء) أى لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفائت من الطرف بل يكون بازاء الفائت لا غير كما فى فقء عينى الحر (ولا يملك الجثة) وقوله (ومن أحكام الثانية) أى المالية (أن ينقسم) أى موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء والجثة وتملك الجثة كما فى تخريق الثوب (فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم) يعنى بالنظر الى الآدمية ينبغى أن لا يجب الضمان متوزعا بل بازاء الفائت لا غير وبالنظر الى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع امساكه الجثة كما أنه ليس له ذلك فى المال وفيما قالا الغاء لجانب الآدمية حيث جعلاه كالثوب المخروق وفيما قال الشافعى رحمه الله الغاء لجانب المالية أصلا حيث جعله كحر فقئ عيناه فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا ان

واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عينى حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عينى المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفى قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذى قلناه كما فى سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله أن المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الاطراف أيضا ألا ترى أن عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الاولى أن لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

جميعا وقد فات ذلك وبالجملة أن كلام المصنف رحمه الله هنا ليس بخال عن الاضطراب كما لا يذهب على الفطن ولعل صاحب الكافى تفطن له حيث ترك أسلوب تقرير المصنف هنا وسلك مسلكا آخر فى التقرير والبيان مع كون عادته أن يقتفى أثر المصنف فى وضع المسائل وتقرير الدلائل (قوله وله أن المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الاطراف أيضا) أقول الظاهر من هذا البيان أن المالية والآدمية معتبرتان معا فى ذات العبد أى نفسه وأطرافه أيضا عند أبى حنيفة رحمه الله وقد مر من المصنف فى أول الفصل أن المعتبر فى ذات العبد عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله هى الآدمية دون المالية فانها مهدرة فى ذاته عندهما

بل اعتبرت فى حق الاطراف ايضا (قوله ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذى قلنا) أى ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته (قوله ثم من احكام الاولى) أى الآدمية ان لا ينقسم على الاجزاء أى لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والطرف الفائت (قوله ولا يتملك الجثة) أى فاقئ العينين حين دفع كمال القيمة كما اذا فقأ عين الحر (قوله ومن احكام الثانية) أى المالية أن ينقسم ويتملك الجثة كما اذا خرق ثوب غيره خرقا فاحشا وضمنه المالك قيمة الثوب فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم فقلنا بحكم أنه وجب بجناية على الآدمى لا يجب موزعا وبحكم أنه بدل مال لم يكن له أن يأخذ كل بدل العين مع امساك العين بل قيل له من شرط استيفائك هذا الضمان ان تزيل الجثة عن ملكك ليكون قولا بالشبهين وفيما قالا الغاء لجانب الآدمية اصلا واعتبارا لجانب المالية لان من حكم المال ان المالك بالخيار ان شاء سلم النفس واخذ كمال القيمة وان شاء امسكها ورجع بالنقصان كما فى تخريق الثوب وفيما قاله الشافعى رحمه الله الغاء لجانب المالية اصلا واعتبار لجانب الآدمية لا غير والقول الاوسط الاعدل ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لان فيما تجاذب الشبهان كان القول بتوفير الشبهين أولى والله اعلم

*(فصل

(قوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف) أقول فيه بحث (قوله وفيما قاله الشافعى الغاء لجانب المالية أصلا حيث جعله كحر فقئ عيناه) أقول الشافعى اعتبر المالية فيما اذا قتل العبد خطأ فما باله اعتبر ههنا الآدمية

شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته نظرا الى المالية وان شاء أمسكه ولا شئ له نظرا الى الآدمية والله أعلم

(فصل فى جناية المدبر وأم الولد) لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل فى استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة منه فى اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد غير أن أم الولد أحط رتبة أيضا من المدبر فى ذلك الاسم حتى أن القاضى لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهى أنثى أيضا فالانوثة والانحطاط فى اسم المملوكية أوجبا تأخير ذكرها عن ذكر المدبر قال (واذا جنى المدبر وأم الولد جناية ضمن المولى الخ) جناية المدبر على سيده فى ماله دون عاقلته حالة (لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح رضى الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه) وكان أميرا بالشام وقضاياه تظهر بين الصحابة رضى الله عنهم وكان حكمه بحضر من الصحابة ولم ينكره عليه أحد فحل محل الاجماع (ولانه صار مانعا من تسليمه) كما ذكره فى الكتاب ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولى الجناية فى أكثر من الارش ولا منع من المولى فى أكثر من القيمة وقوله (ولا يخير بين الاقل والاكثر) واضح وقوله (ويتضاربون بالحصص فيها) أى فى القيمة (وتعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجناية عليه) قال فى النهاية ومن صورته ما ذكره فى المبسوط قال واذا قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته ألف درهم ثم زادت قيمته الى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفا درهم لانه جنى على الثانى وقيمته ألفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته ألفين ثم ألف من هذا لولى القتيل الاوسط خاصة لان ولى الاول انما يثبت حقه فى قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم فلا حق له فى الالف الثانية فيسلم ذلك لولى القتيل الاوسط وخمسمائة من الالف الاولى بين ولى القتيل الاول وبين الاوسط لانه لا حق فى هذه الخمسمائة لولى القتيل الثالث وانما حقه فى قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول بعشرة آلاف والاوسط بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه ألف

(فصل فى جناية المدبر وأم الولد) قال (واذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن أرشها) لما روى عن أبى عبيدة رضى الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه فى الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولى الجناية فى أكثر من الارش ولا منع من المولى فى أكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد فى جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة فى الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء (وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة) لانه لا منع منه الا فى رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجناية عليه لان المنع فى هذا الوقت يتحقق قال

فى فصل الجناية ولهذا لو زادت قيمته على تمام الدية ينقص عنه عشرة دراهم عندهما فكان بين كلاميه فى المقامين تدافع اللهم الا أن يحمل قوله هنا أن المالية وان كانت معتبرة فى الذات على مجرد الفرض فالمعنى أن المالية وان فرضت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه لكنه لا يخلو عن بعد

(فصل فى جناية المدبر وأم الولد والجناية على كل واحد منهما) لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل فى استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة فى اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد كذا فى الشروح قال بعض الفضلاء فيه أن الملك كامل فى المدبر وأم الولد دون الرق كما صرحوا به بخلاف المكاتب فانه على العكس اه (أقول) فى الجواب عنه من طرف الشراح أن كمال الملك فى المدبر وأم الولد بالنسبة الى المكاتب حيث يملكهما المولى يدا ورقبة بخلاف المكاتب فان مولاه يملكه رقبة لا يدا كما عرف فى محله لا ينافى أكملية الملك فى العبد فان مولاه كما يملكه يدا ورقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه بخلاف المدبر وأم الولد فان مولاهما لا يملك التصرف فيهما من جهة البيع والهبة وأشباههما لانهما لا يصلحان ذلك عندنا على ما عرف أيضا فى محله ولا يخفى أن أكملية الملك فى العبد كافية فى تقديمه على المدبر وأم الولد فى الذكر فى باب جناية المملوك والجناية عليه وقد أفصح عنه عبارة الشراح حيث قالوا قدم من هو

(فصل فى جناية المدبر وأم الولد) (قوله لما روينا عن أبى عبيدة) وهو أبو عبيدة بن الجراح رضى الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه وكان أميرا بالشام وكان بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فكان اجماعا كذا فى الايضاح (قوله وتعتبر قيمته لكل واحد منهم فى حال الجناية عليه) حتى لو قتل انسانا خطأ وقيمته ألف درهم فزادت قيمته حتى صارت ألفين وقتل آخر بعد ذلك خطأ ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفا درهم لانه جنى على الثانى وقيمته ألفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم الف من هذين الالفين لولى القتيل الاوسط خاصة لان ولى الاول انما ثبت حقه فى قيمته يوم جنى على وليه وهى ألف درهم ولا حق له فى الالف الثانية فيسلم ذلك الولى القتيل الاوسط خاصة وخمسمائة من الالف الاولى بين القتيل الاول وبين الاسط لانه لا حق فى هذه الخمسمائة لولى القتيل الثالث وانما حقه فى قيمته يوم جنى على

(فصل فى جناية المدبر وأم الولد) (قوله وهو العبد) أقول الاولى وهو القن (قوله ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة فى اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد) أقول فيه أن الملك كامل فى المدبر وأم الولد دون الرق على ما صرحوا به بخلاف المكاتب فانه على العكس

والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف لانه ماوصل اليه شئ من حقه و يضرب الاول بعشرة آلاف الا ما أخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما أخذ فى المرتين وانما يضرب بما بقى من حقه فتقسم الخمسمائة بينهم على ذلك

وقوله (فلاشئ عليه) أى على المولى لانه مالزمه أكثر من قيمة واحدة بجناياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شئ وقوله

(فان جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولى الاولى بقضاء فلاشئ عليه) لانه مجبور على الدفع قال (وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولى بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولى الجناية وهذا عند أبى حنيفة وقالا لاشئ على المولى) لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابى حنيفة ان المولى جان بدفع حق ولى الجناية الثانية طوعا وولى الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها فجعلت كالمقارنة فى حق التضمين لابطاله ماتعلق به من حق ولى الثانية

أكمل فى استحقاق اسم المملوكية وهو العبد تبصر (قوله عملا بالشبهين) قال جمهور الشراح يعنى لما عملنا بشبه التأخر فى ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها وجب أن نعمل بشبه المقارنة فى حق تضمين نصف المدفوع اه (أقول) فيه نظر اذ للخصم أن يقول قد تحقق العمل بشبه المقارنة فى حق تشريك ولى الجناية الثانية لولى الجناية الاولى اذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولى الجناية الاولى خاصة لتقدمه فى استحقاقه المدفوع على ولى الجناية الثانية حقيقة وحكما ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للاولى حكما عملنا بشبه المقارنة فشركنا ولى الثانية لولى الاولى كما دل عليه قول المصنف لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الاولى فاذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج الى العمل بشبهها مرة أخرى بتضمين بعض المدفوع للمولى وقال صاحب الغاية فى بيان معنى المقام جعلت الثانية كالمقارنة فى حق التضمين اذا وقع بغير قضاء لانه أبطل ماتعلق به حق الثانى ولم تجعل كالمقارنة اذا وقع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهى المقارنة والتأخر اه وقد نقله صاحب العناية بقيل بعد ان ذكر المعنى الاول ولم يتعرض له بشئ (أقول) فيه خلل لان العمل بالشبهين أمر واجب مهما أمكن على ماعرف فى موضعه فلما أمكن العمل بهما فى صورة واحدة مما نحن فيه وهى ما اذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير فى اعتبار العمل بهما الى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعله ذلك القائل وانما كان يصح ذلك لو لم يتصور العمل بهما فى صورة واحدة بل كان اعتباره موقوفا على مجموع الصورتين وليس فليس ثم انه يرد عليه أيضا أن يقال يتحقق العمل بالشبهين بان تجعل الثانية كالمقارنة للاولى فى حق تشريك ولى الثانية لولى الاولى وان تجعل متأخرة عنها من حيث أن يعتبر قيمته يوم الجناية فلم يقتض العمل بهما ماهو المطلوب هنا كما لا يخفى

وليه و يقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول بعشرة آلاف وللاوسط بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه الف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف لانه ماوصل اليه شئ من حقه ويضرب فيها للاول بعشرة آلاف الا ما أخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ كذلك للاوسط لا يضرب بما أخذ فى المرتين وانما يضرب بما بقى من حقه فتنقسم الخمسمائة بينهم على ذلك (قوله ان شاء اتبع المولى) أى بما يخصه من القيمة ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى من زيادة على مقدار حقه (قوله لابطاله ماتعلق به) دليل وجوب الضمان على اعتبار المقارنة فانه اذا كان مقارنا يكون مبطلا حق ولى الجناية الثانية بالدفع الى الاول

(وان دفع قيمته بغير قضاء فالولى بالخيار) أى فولى الجناية الثانية بالخيار (ان شاء اتبع المولى) بنصف قيمته فى ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه (وان شاء اتبع ولى الجناية) الاولى (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لاشئ على المولى) لانه ليس بجان فى الدفع (لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه فصار كما اذا دفع بالقضاء) لانه فعل بنفسه عين ما يأمره القاضى لو رفع اليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما فى الرجوع فى الهبة ولابى حنيفة رحمه الله ان كل واحد من الدافع والقابض جان أما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولى الجناية الثانية طوعا وأما القابض وهو ولى الجناية الاولى فيقبض حق ولى الثانية ظلما والرجوع على الجانى جائز فيخير فى الرجوع وبين ذلك بقوله (وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها فجعلت الثانية كالمقارنة للاولى فى حق التضمين لابطاله) أى ابطال المولى (ماتعلق به من حق ولى الجناية الثانية) وذلك لانه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك فى حق أولياء الجنايتين سواء فيجعل كان الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعا وهنالك لو دفع الى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فكذلك ههنا

عملا

عملا بالشبهين (واذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الاقيمة واحدة) لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة (وأم الولد بمنزلة المدبر فى جميع ماوصفنا) لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير (واذا أقر المدبر بجناية الخطا لم يجز اقراره ولا يلزمه به شئ عتق أو لم يعتق) لان موجب جناية الخطا على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله أعلم

(باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك)

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات فى يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده فى يد الغاصب فمات من ذلك فى يد الغاصب لاشئ عليه) والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك

(باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك)

قال فى النهاية لما ذكر حكم المدبر فى الجناية ذكر فى هذا الباب مايرد عليه ومايرد منه وذكر حكم من يلحق به اه واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) فيه قصور وفتور أما أولا فلان وجه ذكر غصب العبد فى هذا الباب كان ضائعا على هذا التوجيه وأما ثانيا فلان ماذكر فى هذا الباب مما يرد على المدبر و يرد منه من قبيل الجناية عليه أو الجناية منه فكان من حكم المدبر فى الجناية فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر فى الجناية ذكر فى هذا الباب مايرد عليه ومايرد منه وأما ثالثا فلان الصبى ليس بملحق بالمدبر فى حكمه المذكور فى هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتأمل فى المسائل الآتية فى هذا الباب نعم يجوز أن يعد ملحقا بالمدبر بل بالعبد فى كونه محجورا عن التصرفات على مابين فى كتاب الحجر ولكنه لا يقتضى ذكر حكمه فى هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب فى قوله وذكر حكم من يلحق به وقال فى معراج الدراية لما ذكر حكم العبد والمدبر فى الجناية شرع فى بيان مايرد عليهما ومايرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما اه (أقول) وقع فيه تدارك دفع المحذور الاول من المحذورات الواردة على تقرير صاحبى النهاية والعناية ولكن بقى المحذوران الاخيران منها واردين عليه أيضا كما ترى وقال فى غاية البيان لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر فى هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم جر كلامه الى بيان حكم غصب الصبى اه وتبعه العينى (أقول) هذا أشبه الوجوه المذكورة وان أمكن التقرير باحسن منه تدبر (قوله والفرق أن الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك

(قوله عملا بالشبهين) وهذا لان الجناية الثانية مقارنة للاولى من وجه متأخرة من وجه على ماذكر فى المتن فجعلت الجناية الثانية كالمقارنة فى التضمين حتى كان للتضمين أيهما شاء لابطال ماتعلق به حقه بالدفع من المولى و بالقبض من ولى الجناية وكالمتأخرة فى اعتبار قيمة العبد حتى تعتبر قيمة العبد فى حق ولى الجناية الثانية وقت وجودها حقيقة

(باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك)

(قوله والفرق أن الغصب قاطع للسراية الى آخره) وذكر الامام قاضيخان فى الجامع الصغير هذه المسئلة ثم قال علل بعضهم باب الغصب من أسباب الملك لما عرف من مذهبنا أن المضمونات تملك عند أداء الضمان فاذا تخلل الغصب بين الجناية والسراية تنقطع السراية كما تخلل بينهما بيع واذا انقطعت السراية صار كأنه غصب عبدا أقطع ومات عنده لا من القطع وأما اذا قطع المولى يده عند الغاصب صار مستردا للعبد ضرورة الاستيلاء عليه عند القطع ألا ترى أن المشترى لو قطع يد المبيع قبل القبض يصير قابضا و بعد الاسترداد لم توجد ما يقطع السراية فبرأ الغاصب عن الضمان ثم قال الا أن هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية مالم يملك البدل على الغاصب بقضا أو رضا لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب أما قبله فلا نص عليه فى آخر رهن الجامع والباب الثانى من جناياته الا أنه انما ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشئ انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله

وقوله (عملا بالشبهين) يعنى لما عملنا بشبه التأخر فى ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها وجب أن نعمل بشبه المقارنة فى حق تضمين نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة فى حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه أبطل ماتعلق به حق الثانى ولم تجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهى المقارنة والتأخر وقوله (واذا أعتق المولى المدبر الخ) واضح

(باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك)

لما ذكر حكم المدبر فى الجناية ذكر فى هذا الباب مايرد عليه ومايرد منه وذكر حكم من يلحق به قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل) ذكر فى هذه المسئلة ان غصب العبد بعد أن قطع المولى له يقطع السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما (بان الغصب سبب الملك

(قوله وجب أن نعمل بشبه المقارنة) أقول قد عمل به فى حق تشريكه لولى الجناية الاولى ثم الاولى تبديل النصف بالبعض

(باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك)

كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا (وكيف لا يكون مستردا) وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان) واعترض الامام قاضيخان بان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب أما قبله فلا قال نص عليه في آخر رهن الجامع الثاني من جناياته الا أنه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشئ انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان وفيه نظر لانا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا لا تصلح معارضا ولا مرجحا وقوله (واذا غصب العبد المحجور عليه) واضح وقوله (مؤاخذ بافعاله) يعني في حال رقه وأما في أقواله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية وقوله (ومن غصب مدبرا) واضح

كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال (واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن) لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى

كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية الخ) واعترض الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد أن نقله عن بعض المشايخ ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك الا أن هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب وأما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جناياته الا انه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشئ انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى هنا كلام قاضيخان وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشئ وأما صاحب العناية فبعد أن نقل ما قاله قاضيخان أورد على ما اختاره من التعليل نظرا حيث قال وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا

ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة ويد المولى باعتبار السراية تثبت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة والثابت حقيقة وحكما دون الثابت حكما ولم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب (قوله كالبيع) والبيع قاطع للسراية لما ذكرنا في العتق ان بداية الجناية مخالفة لنهايتها فاعتبار بداية الجناية يوجب أن يكون الارش للبائع واعتبار نهايتها يوجب أن يكون للمشتري فيصير المستحق مجهولا فلهذا قلنا بان البيع قاطع للسراية والغصب سبب الملك كالبيع ويتأتى فيه ما ذكرنا من الجهالة فان العبد لما مات في يد الغاصب ووجب عليه الضمان صار العبد ملكا له من وقت الغصب فيكون ابتداء الجناية في ملك المغصوب منه وانتهاؤها في ملك الغاصب (قوله ولم يوجد القاطع) أي قاطع السراية (قوله كيف وانه استولى) أي كيف لا يكون مستردا والحال أنه استولى ألا ترى أن المشتري لو قطع يد المبيع قبل القبض يصير قابضا (قوله لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله) أي في حال رقه بخلاف أقواله التي توجب المال فانه يؤاخذ بها بعد الحرية أما اذا أقر

(قوله ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا) أقول هذا الفرق مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب الملك وضعا والغاصب لا يملك الا باداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد فعلى تحققه لان معنى قولهم بقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدرا الا أن ينسب ذلك الى غير الجاني كذا في شرح الزيلعي وفيه أن المراد بقطع السراية ليس ما هو المعروف بل أن لا يجعل الهلاك مضافا الى قطع المولى فيبرأ الغاصب عن الضمان فانه يجعل في حق الغاصب كأنه مات بآفة سماوية فيضمن فليتأمل (قوله لان السراية انما تنقطع به) أقول ضميره به راجع الى الغصب (قوله ولا يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان) أقول قال عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد

فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لان المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق أولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ويكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال (ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له) لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه

لا تصلح معارضا ولا مرجحا انتهى (أقول) نظره ساقط اذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت اليد على الشئ حكما أن يترتب على تلك اليد حكم من الاحكام وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع وأما سند منعه فليس بتام أيضا اذ لا محذور في ان يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان بكمالهما من جهتين مختلفتين وههنا كذلك فان ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان (قوله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد) قال تاج الشريعة جوابا عنه من قبل الامامين وهما يقولان ليس هذا عوض ما أخذه ولي الجناية الاولى حتى يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد بل هو عوض ما أخذه ولي الجناية الثانية فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد اه (أقول) فيه نظر لان الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح أن يكون عوض ما أخذه ولي الجناية الثانية والجناية الثانية في مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب فأنى يصح أن يأخذ المولى من الغاصب عوض ما دفعه الى ولي الجناية التي صدرت من مدبره حال كونه في يده والعهدة في مثل ذلك على ذي اليد دون غيره كما لا ريب فيه وعن هذا فرق محمد بين هذه المسئلة وبين المسئلة الآتية التي هي عكس هذه المسئلة حيث وافق الامامين هنالك كما ستطلع عليه وقال صاحب العناية والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى عوضا عما أخذه ولي الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد اه (أقول) هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة الا أن في تقريره مساغ التخلص عما أوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع الى ولي الجناية الاولى لا في جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم ثم ان الاظهر في الجواب عما قاله محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب الغاية الى الامام قاضيخان حيث قال وجوابه ما قال فخر الدين قاضيخان ان ما أخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولي الجناية الاولى من العبد فيما بين المولى والغاصب وأما في حق ولي الجناية الاولى فلا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشئ الواحد بدلا عن عين في حق انسان ويكون بدلا عن شئ آخر في حق غيره كالنصراني اذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز ويكون المأخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا ههنا اه (قوله ولهما أن حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني الخ) قال في العناية واعترض بان الثانية مقارنة للاولى حكما فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب أن المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير والاولى

بعد أو قصاص لزمه في الحال (قوله من غير أن يصير مختارا للفداء) لان الجناية لم تكن موجودة وقت التدبير فصار كما اذا جنى العبد ثم أعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فانه تجب عليه القيمة ولا يصير مختارا للفداء

اعتاق العبد الجاني من غير علم بجنايته فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا وقوله (فيصير) ظاهر وقوله (فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب) أي بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فجنى في يده فرده الى المولى فجنى جناية فدفع الى ولي الجنايتين كان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله (ويدفعه) أي النصف المأخوذ من الغاصب (الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك) أي بالمدفوع الى ولي الجناية (على الغاصب وهذا) أي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له) أي لا يدفعه الى ولي الجناية الاولى (لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه لئلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد ولئلا يتكرر الاستحقاق) والجواب أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى عوضا عما أخذه ولي الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد (ولهما أن حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد وانما انتقص حقه بمزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا أخذه اتماما لحقه

فاذا أخـذه منـه يرجـع المولى بمـا أخـذه عـلى الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان فى يد الغاصب قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان و يرجـع بنصف القيمة على الغاصب) لما بينا فى الفصل الاول غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت هى فى يد الغاصب فيدفعه الى ولى الجناية الاولى ولا يرجـع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة فى العبد فقال (ومن غصب عبدا فجنى فى يده ثم رده فجنى جناية أخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجـع على الغاصب بنصف القيمة فيـدفعه الى الاول و يرجـع به على الغاصب وهـذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجـع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى فى يده دفعه المولى نصفين و يرجـع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجـع به) والجواب فى العبد كالجواب فى المدبر فى جميع ماذكرنا الا أن فى هذا الفصل يدفع المولى العبد وفى الاول يدفع القيمة قال (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لانه منع رقبة واحـدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم (يرجـع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا فى يد الغاصب (فيدفع نصفها الى الاول) لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال (ويرجـع به على الغاصب) لان الاستحقاق بسبب كان فى يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولى الجناية الاولى ولا الى ولى الجناية الثانية لانه لا حق له الا فى النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه

متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمـة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع اهـ (أقول) فى الجواب بحث لانا لا نسلم أن المقارنة جعلت حكما فى حق التضمين لا غير بل جعلت حكما أيضا فى حق مشاركة ولي الجناية الثانية لولى الجناية الاولى كما أرشد اليه قول المصنف فى الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الثانية الاولى اهـ فاذا جعلت المقارنة حكما فى حق مشاركة ولى الجناية الثانيـة أيضا كان ولى الجناية الثانيـة مزاحما لولى الجناية الاولى فى استحقاقه جميع القيمـة فكيف يأخـذ ولى الجناية الاولى وحـده كل القيمة مع مزاحمة ولى الثانية له فى استحقاقه اياه وان كان الاعتبار لتقدم الاولى حقيقـة دون المقارنة الحكميـة ينبغى أن لا يستحق ولى الثانيـة شيا من قيمة المدبر وليس الامر كذلك بالاجماع فليتامل فى الجواب الشافى (قوله ولا الى ولى الجناية الثانية لانه لا حق له الا فى النصف لسبق حق الاول) أقول لقائل أن يقول ان كان حق ولى الجناية الثانية يتعلق رأسا بنصف القيمـة لا بكلها كما هو الظاهر

فـكذلك ههنا (قوله فاذا وجد شـيأ) أى ولى الجناية الاولى اذا وجد شـيأ فارغا من مزاحمة ولى الجناية الثانية من بدل العبد يأخذه وأما ما قاله محمد رحمه الله من الجمع بين البدل والمبدل فقلنا نعم كذلك فى حق المولى والغاصب لان ما أخذه المولى من الغاصب بدل المدفوع الى ولى الجناية الاولى وأما فى حق المجنى عليه هو عوض ما لم يسلم لولى الجناية الاولى فالاعتبار ان يستقر عنده وهو المجنى عليه ومثله جائز كالذمى اذا باع خمرا وقضى به دين المسلم يجوز للمسلم أخذه لان تلك الدراهـم ثمن الخمر فى حق الذمى وعوض عن الدين فى حق المسلم فلذلك حل له أخذهـا فعلم بهذا ان الشئ الواحد يجوز أن يكون بدلا عن عـين فى حق انسان و يكون بدلا عن شئ آخر فى حق غيره (قوله غير أن استحقاق النصف) ذكر هـذا البيان الفرق فانه يدفع هـذا النصف الذى أخذه من الغاصب الى ولى الجناية الاولى بالاتفاق وكان لا يدفعه اليه عند محمد رحمه الله فى المسئلة الاولى لادائه الى الجمع بين البدل والمبدل وأما ههنا لو دفع الى ولى الجناية الاولى لا يؤدى الى الجمع بين البـدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى عند المولى كان ما أخـذه المولى من الغاصب بدلا عما دفع الى ولى الجناية الثانيـة لان الموجود عنـد الغاصب الجناية الثانيـة دون الاولى فلو دفع ذلك الى ولى الجناية الاولى لا يؤدى الى الجمع بين البدل والمبدل فيدفع لان حق ولى الجناية الاولى كان فى كل قيمة المدبر لان المدبر كان فارغا وقت الجناية الاولى عن مزاحمة الثانية

واذا أخذه منه يرجـع المولى بما أخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان فى يد الغاصب) واعترض بان الثانية مقارنة للاولى فكيف يكون حق الاول فى جميع القيمة والجواب أن المقارنة جعلت حكما فى حق التضمين لا غير والاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل) هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ما ذكره وهو بالاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله بينها وبين المسئلة المتقدمة أنه متى دفع نصف المقبوض من الغاصب الى ولى الجناية الاولى لم يؤد الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى عنـد المولى كان ما أخذه المولى من الغاصب بدلا عما دفع الى ولى الجناية الثانية دون الاولى لان الثانيـة هى الموجودة عند الغاصب واذا لم يكن بدلا عما دفع اليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبـدل وقوله (ثم وضع) يعنى أن محمدا رحمه الله وضع فى الجامع الصـغير هـذه المسئلة فى العبد بعد ما وضعها فى المدبر وكلامه فيه واضح وقوله (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية) كذلك

ثم

وقوله (ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف) يعنى قال بعض المشايخ رحمهم الله فى هذه المسئلة خلاف محمد رحمه الله أيضا كما فى المسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجـع به من القيمـة على الغاصب ولا يأخذ ولى الجناية الاولى ما بقى من حقه وقيل على الاتفاق ويأخذ ولى الجناية الاولى تمام حقـه وهو نصف القيمة من المولى اذا رجـع عـلى الغاصب قيـل وهذا هو الصحيح لان محمدا رحـمه الله ذكر هذه المسـئلة فى الجامع الصغير بلا خلاف وكذا قرره فخر الاسـلام رحمه الله وغيره فى شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد رحمه الله الى الفرق بين هاتين المسئلتين وقد ذكره فى الكتاب لكن قوله (فاما فى هذه المسئلة فيمكن الخ) فيـه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت فى يد الغاصب لكن أخذ المولى منـه حقها أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا فى مقابلة ما أخـذه وقوله (ومن غصب صبيا حرا) أى ذهب به بغـير اذن وليه فيكون ذكر الغصـب فى هـذا الموضع بطريق المشاكلة وهو أن يذكر الشئ بلفظ غيره لوقوعه فى صحبتـه وكلامه ظاهر خلا أنه يرد على وجه الاستحسان ما اذا غصب مكاتبا ونقـله الى هـذه الاماكن وهلك فانه لا ضمان والتعدى فى التسـبيب فيـه موجود وأجيب بان المـكاتب فى يد نفسـه وان كان صغيرا فانه ليس لاحـد ولاية

ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد أن فى الاولى الذى يرجـع به عوض عمـا سلم لولى الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت فى يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق فاما فى هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها فى يد الغـاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال (ومن غصب صبيا حرا فمات فى يده فجأة أو بحمى فليس عليه شئ وان مات من صاعقة أو نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية) وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن فى الوجهين وهو قول زفر والشافعى لان الغصب فى الحر لا يتحقق ألا ترى أنه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع أنه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة و يدا أولى و وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولـكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى أرض مسبعة أو الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون فى كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيـه وقد أزال حفظ الولى

من قوله لانه لا حق له الا فى النصف ينبغى أن لا تكون التى وجبت على المولى بين وليي الجنايتين نصفين كما هو المذكور فى وضع المسـئلة بل ينبغى أن يكون بينهما أثلاثا ثلثاه لولى الجناية الاولى وثلثه لولى الجناية الثانية لان حق ولى الجناية الاولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به المصنف فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمـة وعلى تقدير أن يتعلق حق ولى الجناية الثانية بنصف القيمة يكون حقه فى القيمة نصف حق ولى الجناية الاولى فينبغى أن يتضاربا فى القيمة بقدر حقيهما فيها اذ قد مر فى الفصل السابق أن جنايات المدبر اذا توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع من المولى الا فى رقبة واحدة وأولياء الجنايات يتضاربون بالحصص فيها وان كان حق ولى الجناية الثانية يتعلق أيضا بكل القيمة ولـكن يسـقط نصفها بالتزاحم فيكون حقه الباقى له نصفها وكان هذا هو المراد بقول المصنف لا حق له الا فى النصف ينبغى أن يدفع المولى ما يرجـع به على الغاصب ثانيا الى ولى الجناية الثانية لان حقه كان فى كل القيمة كولى الجناية الاولى الا أنه سقط نصفها بالتزاحم فلما اندفع التزاحم بوصول حق ولى الجناية الاولى اليـه بتمامه كان ينبغى أن يعود حق ولى الجناية الثانية فى النصـف الساقط بالتزاحم اليه كحق ولى الجناية الاولى ثم أقول يمكن أن يجاب بان يختار الشق الثانى و يقال فى الفرق بين وليي الجنايتين أن حق الاول يتعلق بكل القيمة ثم ينتقص نصفها بتزاحم الثانى من بعد ذلك ولـكن لا يسـقط بالكلية وحق الثانى أيضا يتعلق بكلها ولـكن يسـقط نصفها بالكلية بتزاحم الاول وذلك لانه لا حق لغـير الاول عند وجود الجناية الاولى فانعقدت سببا موجبا لاستحقاق كل القيمة وانتقاص حقه انما كان بعارض حدوث المزاحمة بعد ذلك بخلاف الجناية الثانية فانها وجدت والمزاحم مقارن فلم تنعقد سببا موجبا لاستحقاق الزائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرر عندهم ومر فى مواضع شتى من الكتاب هذا غاية ما تيسر من الـكلام فى توجيه المقام (قوله فاما فى هذه المسئلة فيمكن أن يجعـل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها فى يد الغاصب فلا يؤدى الى ما ذكرناه) قال صاحب العناية فيـه نظر فان الجناية

(قوله ثم وضع المسـئلة فى العبد) أى محمد رحـمه الله فى الجامع الصـغير (قوله ثم قيل هذه المسـئلة على الاختـلاف) أى الدفع الى ولى الجناية الاولى وقيـل على الاتفاق وقوله أما فى هذه المسئلة يمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية يعنى به ما يدفعه الى ولى الجناية الاولى من النصف الذى رجـع به على الغاصب يمكن أن يجعل عوضا عما سلم لولى الجناية الثانية وما بقى فى يده من ذلك عوض ما سلم لولى الجناية الاولى فلا يلزم اجتماع البدل والمبدل فى ملك واحـد (قوله ومن غصب صبيا حرا) يريد به صبيا لا يعبر عن نفسـه لانه اذا كان يعـبر عن نفسـه يعارضه بلسانه فلا تثبت يده حكما وههنا قد صار فى يده فلا يعارضه بيد ولسانه كذا فى الاسرار (قوله وقد أزال حفظ الولى) اشارة الى الجواب عن المكاتب الصغير فان الكتابة اذا صحت تثبت

(قوله قيل وهذا هو الصحيح) أقوله القائل هو الاتقانى (قوله فيه نظر فان الجناية الثانية الخ) أقول فيه نظر فانه لما أخذ ولى الجناية الاولى ما رجـع به المولى أول مرة على الغاصب عوضا عما سلم لولى الثانية لو جـد انه شيأ فارغا من بدل العقل فى يد المالك رجـع المولى ثانيا على الغاصب لان الاستحقاق كان بسبب كان فى يده ولا يلزم فى ذلك أن يبقى لولى الثانية استحقاق كما لا يخفى فتامل

تزويجه فكان كالحر الكبير والحر الكبير فى يد نفسه فكذا المكاتب وان كان صغيرا فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا فاصابه شئ من ذلك أجيب بان حكمه أن ينظر ان كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه قال (واذا أودع صبي عبدا فقتله) كلامه ظاهر وذكر فى شرح الطحاوى ومن أودع عند صبي مالا فهلك فى يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي ماذونا له فى التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة بامر وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا فى الحال ولا بعد الادراك وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن فى الحال وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن فى الحال وهو تفسير حسن وقوله (وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) يساعده فيه فخر الاسلام رحمه الله حيث ذكره فى الجامع الصغير هكذا وأما فى غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها هذا فى الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا يضمن فى قولهم جميعا وقوله (وكما اذا أتلفه غير الصبي فى يد الصبي المودع) يعني أنه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك ثبت فى حق الصبي المودع لثبت فى حق غيره أيضا لان المال الذى سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يده فى المال اليه وقوله (فى يد مانعة) أى من الايداع والاعارة يعني

(قوله ولو كان التسليط) أقول أي ثبت

فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر فى الطريق بخلاف الموت فجأة أو بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال (واذا أودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان كان أودع طعاما فاكله لم يضمن) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي يضمن فى الوجهين جميعا وعلى هذا اذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان فى الحال عند أبي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي يؤاخذ به فى الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة فى العبد والصبي وقال محمد فى أصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفى الجامع الكبير وضع المسألة فى صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما أنه أتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا أتلفه غير الصبي فى يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد انه أتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا أتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال فى يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا أقام غيره مقام نفسه

الثانية وان حصلت فى يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل

للمكاتب يد فيكون فى يد نفسه صغيرا كان أو كبيرا بخلاف الصغير الحر فانه فى يد الولي ألا ترى أن المكاتب الصغير لا يزوجه أحد والصغير الحر يزوجه وليه فعرفنا أن المكاتب الصغير بمنزلة الحر الكبير وفيه لا يضمن فكذا هنا وأما حكم الحر الكبير فانه اذا غصبه انسان ونقله الى مكان فاصابه شئ من هذه العوارض ينظر ان قيده الغاصب حتى أصابه ولم يمكن التحرز عنه يضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن كالماشي اذا علم بالبئر ومشى كذلك حتى وقع فى البئر لم يضمن الحافر شيئا بخلاف الصغير فانه عاجز عن حفظ نفسه عن أسباب التلف كالماشي على البئر اذا لم يعلم بالبئر كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله (قوله اذا أودع صبي عبدا الى آخره) وذكر فى شرح الطحاوى ومن أودع عند صبي مالا فهلك فى يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي ماذونا له فى التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكن قبل الوديعة بامر وليه يضمن بالاجماع وان قبل الوديعة بغير اذن وليه فلا ضمان عليه فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فى الحال ولا بعد الادراك وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن فى الحال وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون وديعة عنده ضمن فى الحال (قوله فعلى عاقلته الدية) أراد به القيمة وانما آثر لفظة الدية لانها بازاء الآدمية والقيمة بازاء المالية والواجب فى العبد بازاء الآدمية عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (قوله وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) هكذا ذكر فخر الاسلام البزدوى فى الجامع الصغير أما صدر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي رحمهم الله فقد قالوا فى شرح الجامع الصغير هذا الحكم فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا يضمن فى قولهم جميعا (قوله حيث وضع المال فى يد مانعة) أى مانعة من الايداع والاعارة فى أنه

ان المودع وضع المال فى يد مانعة عن الايداع ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لانه أوقع ماله فى يد تمنع يد غيره عليه باختياره الا اذا كان وضعه فيها باقامة غيره مقام نفسه فى الحفظ ولم توجد الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضييعا من جهته وفى قوله (لانه لا ولاية له على الصبي) نظر لان اقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه والا لانسد باب الوديعة ويمكن أن يقال انما قال ذلك جوابا عما يقال لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف لضمن الاب مثل الوديعة بتسليمه ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه فكأنه قال اقامة غيره مقام نفسه تستلزم اما ولاية المقيم على من أقامه مقامه كما فى هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه كما فى سائر صور الودائع ولم يوجد شئ من ذلك فى ايداع الصبي الاجنبي وقوله (لان عصمته لحقه) أى لحق العبد يعني لا باعتبار أن المالك يعصمه لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا أو كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط ونوقض بما اذا أودع الصبي شاة فخنقها فانه لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط والجواب ان كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه أجنبيا والشاة ليست كذلك وان لم يملك خنقها من حيث انه تضييع فكان كالتسبيب وقوله (لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذى وقع فى يده المال دون غيره) يعني أن المالك بالايداع عند الصبي انما أسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم فى حق غيره كما كان والله تعالى أعلم

(قوله فيه نظر لان اقامة غيره مقام نفسه الخ) أقول فى تمشية النظر تامل

فى الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والماذون له لان لهما ولاية على أنفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على أصل الحرية فى حق الدم وبخلاف ما اذا أتلفه غير الصبي فى يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذى وضع فى يده المال دون غيره قال (وان استهلك مالا ضمن) يريد به من غير ايداع لان الصبي يؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها فى حقوق العباد والله أعلم بالصواب

المأخوذ من الغاصب ثانيا فى مقابلة ما أخذه اهـ (أقول) هذا النظر ناشئ من غلط فى استخراج مراد المصنف رحمه الله فان الشارح المذكور زعم أن مراد المصنف بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية فى قوله يمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذى يرجع به المولى على الغاصب ثانيا فبنى نظره المزبور عليه ولا شك ان مراد المصنف بذلك هو الذى يرجع به المولى على الغاصب أول مرة وهو النصف الذى كان حقا لولي الجناية الثانية

لا ولاية له عليه فان الاصل ان كل يد مانعة على معنى انها تمنع يد غيرها عليه الا اذا أقام يده مقام يده وههنا لم يقم يده مقام يده لعدم الولاية عليه فكان التضييع من جهته (قوله بخلاف البالغ والماذون له) يعني لو أتلفا يضمنان بالاجماع لان لهما ولاية على أنفسهما فيصح الايداع عندهما وبعد صحة الايداع لو أتلف المودع الوديعة يضمن وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا حيث يضمن الصبي المودع (قوله لان عصمته لحقه) أى لحق العبد لا باعتبار أن المالك يعصمه لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية استهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليست للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان المستهلك صغيرا أو كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك أن يستهلكها فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط وفى الايضاح وهذا بخلاف قتل العبد لانا انما نعتبر فعله تمكينا اذا كان هو متمكنا من ذلك الفعل بملكه والمالك غير متمكن من القتل بملكه فلم يعتبر تمكينه فاما فى غيره فهو متمكن من الاتلاف بالملك شرعا وانما لا يطلق له ذلك لكون الفعل سفها الا أنه غير مملوك له وفى الاسرار فان قيل هذا الجواب يبطل بما لو كانت شاة فخنقها الصبي أو العبد فانه لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك هذا بحكم ملكه قلنا انما يملك بحكم ملكه التصرف فى حياتها فانه يذبحها ولكن لا يملك الخنق لانه تضييع للمال لا لانه اتلاف كما لو سيبها لم يصح وفى مسألة العبد لا يملك حياته ولا التصرف فيها الا بحكم أنه تضييع ولكن بحكم أنه أجنبي عنه ألا ترى انه لو أقر عليه بالقصاص لا يصح (قوله وبخلاف ما اذا أتلفه غير الصبي فى يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره) أى المالك بالايداع عند الصبي انما أسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم فى حق غيره كما كان لان التسليط انما وجد فى حق الصبي لا فى حق غيره فصار مال الوديعة ههنا بمنزلة من وجب عليه القصاص فى حق دمه فانه غير معصوم الدم فى حق من له القصاص ومعصوم الدم فى حق غيره كما كان فان قيل لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف يضمن الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا يضمن ههنا فعرفنا أنه ليس بتسليط على الاتلاف وكذا الاب اذا دفع الصبي اليه لا يضمن اذا تلف فى يده ولو كان تضييعا لذلك بالتسليط يضمن قلنا انما يضمن الاب فيهما لانه يضمن فى عيال المودع اذا كان أهلا

(باب القسامة)

قال (واذا وجد القتيل فى محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولى بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا) وقال الشافعى اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أو خطأ وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى فى القتل العمد وهو أحد قولى الشافعى واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه

ورجع به المولى على الغاصب أول مرة فى ضمن رجوعه عليه بالكل فلا اتجاه أصلا لما قال وماذا بعد الحق الا الضلال

(باب القسامة)

لما كان أمر القتيل يؤل الى القسامة فيما اذا لم يعلم قاتله ذكرها فى باب على حدة فى آخر الديات ثم ان القسامة فى اللغة اسم وضع موضع الاقسام كذا فى عامة الشروح أخذا من المغرب وقال فى معراج الدراية القسامة لغة مصدر أقسم قسامة أو اسم وضع موضع الاقسام انتهى أقول لا يرى وجه صحة لكون القسامة مصدر أقسم كما لا يخفى على من له دراية بعلم الادب وأما فى الشريعة فهى أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر جراحة يقول كل منهم بالله ماقتلته وما علمت له قاتلا كذا فى العناية أقول فيه قصور فانه يخرج منه ما اذا وجد القتيل لا فى محلة ولا فى دار بل فى موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع أنه يجب فى هذه الصورة أيضا قسامة شرعية كما صرحوا به ويجىء فى الكتاب ولا يقال انه بنى الكلام على ماهو الاكثر وقوعا لان المقام مقام تعريف لمعنى القسامة فى الشريعة فلا بد من أن يكون جامعا ومانعا كما لا

لحفظ الوديعة كيد المودع ألا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيد مثله فكذلك يحفظ مال غيره بيده فكانت يد الصبى كيد الاب من هذا الوجه ولو هلكت الوديعة فى يد الاب لم يضمن فكذا اذا كان فى يده حكما فان قيل لو استهلك الصبى الوديعة ثم جاء مستحق فاستحقها وضمن الصبى لم يرجع الصبى على الآمر ولو كان الايداع منه تسليطا لرجع بالضمان عليه كما لو قال له اتلف هذا المال فاتلفه فانه يرجع بالضمان على الآمر قلنا الايداع منه ليس بامر بالاتلاف وأنه تسليط عرفا اذ عادة الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم فى العواقب فهو لما أمكنه فى ذلك مع علمه بحاله صار كالاذن له فى الاتلاف وقوله احفظ شرط باطل لانه خاطب به من لا يحفظ ولا يقدر عليه ولا ولاية له عليه ولا للصبى على نفسه فهو كمن قدم الشعير بين يدى الحمار وقال احفظ بخلاف مسئلة العبد والامة لما قلنا وقيل الاصح أن معنى التسليط تحويل يده فى المال اليه الا أن يقول له احفظه قصد أن يكون هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره وهذا صحيح فى البالغ باطل فى حق الصبى لانه التزام بالعقد والصبى ليس من أهله فظهر من هذا أن الايداع منه ليس بامر بالاتلاف بل هو تمكين منه فبهذا القدر لا يستحق الصبى الرجوع على المودع أما اذا أمره بالاتلاف فقد استعمله بالحمل عليه ألا ترى أنه لو كان عبدا صار غاصبا بالاستعمال بامره واذا صار مستعملا صار ضامنا له السلامة عن عهدة ما باشره باستعماله ألا ترى أنه لو قال لعبد أبحت لك هذا الطعام فاكله العبد لم يصر هذا المبيح غاصبا بخلاف مالو استعمله بامره ومنشأ الفرق هو ان التسليط حكما لا صريحا بالامر وهو نظير مالو رأى عبده يتجر فسكت يصير العبد ماذونا له فى التجارة ولو ظهر أن العبد كان حرا أو استحقه مستحق لم يرجع الغرماء على مولاه ولمثله لو قال هذا عبدى أذنت له فى التجارة فبايعوه ثم ظهر أنه كان حرا أو استحقه مستحق يرجع الغرماء على المولى لان الاذن فى المبايعة مصرح به ههنا ومسكوت عنه فى الوجه الاول والله أعلم بالصواب

(باب القسامة)

هى بمعنى الاقسام ثم قيل هى للايمان التى تقسم على أهل المحلة اذا وجد قتيل فيها (قوله بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا) هذا على طريق الحكاية عن الجميع وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ماقتلت ولا يحلف

(باب القسامة)

لما كان أمر القتيل فى بعض الاحوال يؤل الى القسامة ذكرها فى آخر الديات فى باب على حدة وهى فى اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفى الشرع أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر يقول كل واحد منهم بالله ماقتلته ولا علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل فيما ذكرنا وركنها اجراء اليمين المذكورة على لسانه وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود أثر القتل فى الميت وتكميل اليمين خمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس الى الحلف ان أبوا ان ادعى الولى العمد وبالدية عند النكول ان ادعى الخطأ ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ودليل شرعيتها الاحاديث المذكورة على ماسيأتى وقوله (يتخيرهم الولى) أى يختار من القوم من يحلفهم وقوله (بالله ماقتلناه) على طريق

(باب القسامة)

(قوله وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته) أقول وذكورته ويجوز أن يقال

وان

وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين بل يردها على الولى فان حلفوا الدية عليهم للشافعى فى البداءة بيمين الولى قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولى يبدأ بيمينه ورد اليمين

يخفى فالاولى أن يزاد عليه قيود ويقال هى فى الشريعة أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه اذا وجد فى شئ منها قتيل به أثر لا يعلم من قتله يقول كل واحد منهم بالله ماقتلت ولا علمت له قاتلا وقال فى النهاية وأما تفسيرها شرعا فما روى أبو يوسف عن أبى حنيفة انه قال فى القتيل يوجد فى المحلة أو دار رجل فى المصران كان به جراحة أو أثر ضرب أو أثر خنق ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من أهل المحلة كل منهم بالله ماقتلته ولا علمت له قاتلا انتهى أقول فيه سماجة لا تخفى فان ماروى أبو يوسف عن أبى حنيفة على ماذكر فى النهاية انما هو مسئلة القسامة لا تفسير القسامة شرعا فان التفسير من قبيل التصورات وماذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن أن يؤخذ منه تفسير القسامة شرعا بتدقيق النظر لكنه فى موضع بيان معنى القسامة شرعا فى أول الباب تعسف خارج عن سنن الصواب ثم قال فى النهاية وأما شرطها فهو أن يكون المقسم رجلا بالغا عاقلا حرا فلذلك لم يدخل فى القسامة المرأة والصبى والمجنون والعبد وأن يكون فى الميت الموجود أثر القتل وأما لو وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية ومن شروطها أيضا تكميل اليمين بالخمسين انتهى وفى غاية البيان أيضا كذلك أقول فيه كلام أما أولا فلان شروطها غير منحصرة بما ذكر فان منها أيضا أن لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص أو الدية كما تقدم ومنها أن يكون القتيل من بنى آدم فلا قسامة فى بهيمة وجدت فى محلة قوم ولا غرم فيها ومنها الدعوى من أولياء القتيل لان القسامة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما فى سائر الدعاوى ومنها انكار المدعى عليه لان اليمين وظيفة المنكر ومنها المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعى وحق الانسان يوفى عند طلبه كما فى سائر الايمان ومنها أن يكون الموضع الذى وجد فيه القتيل ملكا لاحد أو فى يد أحد فان لم يكن ملكا لاحد ولا فى يد أحد أصلا فلا قسامة فيه ولا دية ومنها أن لا يكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذى وجد فيه فلا قسامة ولا دية فى قن أو مدبر أو أم ولد أو مكاتب أو مأذون وجد قتيلا فى دار مولاه نص فى البدائع على هاتيك الشروط كلها بالوجه الذى ذكرناه مع زيادة تفصيل فما وجه ذكر بعض الشروط وترك أكثرها وأما ثانيا فلانه اذا وجد قتيل فى دار مكاتب فعليه القسامة واذا حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية نص عليه فى البدائع وقال ذكره القاضى فى شرحه لمختصر الطحاوى فما معنى جعل كون المقسم حرا من

بالله ماقتلنا لجواز أن يكون باشر القتل بنفسه فيجترئ على لسانه بالله ماقتلنا فان قيل يجوز أنه قتل مع غيره فيجترئ على يمينه بالله ماقتلت كما فى عكسه قلنا لا كذلك لانه اذا حلف بالله ماقتلت وكان قتل مع غيره كان كاذبا فى يمينه فان الجماعة متى قتلوا واحدا يكون كل واحد منهم قاتلا ولهذا يجب القصاص على كل واحد منهم فى العمد والكفارة فى الخطا (قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له) أى لم يكن هناك لوث وهو قرينة حال توقع فى القلب صدق المدعى بان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدم أو ظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة أو شهادة واحد عدل أو جماعة غير عدول ان أهل المحلة قتلوه (قوله فمذهبه مثل مذهبنا) أى فى بداية يمين المدعى عليه غير انه ان لم يكمل أهل المحلة خمسين لا يكرر اليمين عليهم بل يرد على الاولياء كما فى النكول عنده فالاختلاف فى موضعين فى تحليف المدعى أولا وفى براءة أهل المحلة باليمين فالحاصل أنه اذا وجد ظاهر يشهد للمدعى عند الشافعى رحمه الله يحلف المدعى فان حلف انهم قتلوه خطا فله الدية وان حلف انهم قتلوه عمدا فعليهم القصاص فى قول والدية فى قول فان نكل المدعى عن اليمين حلف المدعى عليهم فان حلفوا برؤا ولا شئ عليهم وان نكلوا فعليهم القصاص فى قول والدية فى قول وان لم يكن الظاهر شاهدا للمدعى حلف أهل المحلة على ماقلنا (قوله فيقسم منكم خمسون) أصله ماروى أنه وجد قتيل من المسلمين فى قليب من قلب

الحكاية عن الجميع وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ماقتلت ولا يحلف بالله ماقتلنا لجواز أنه باشر القتل بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ماقتلنا وقوله (وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه) أى مذهب الشافعى رحمه الله (كمذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين) وقوله (ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) يعنى كما فى سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل براءة ذمته فاما فى القسامة فالظاهر يشهد للمدعى عند قيام اللوث فتكون اليمين حجة له وبقية كلامه واضح

أشار اليه بلفظ المقسم وفيه شئ والاصوب أن يقال المرأة من أهل القسامة فى الجملة ألا يرى اذا وجد قتيل فى قرية لامرأة فعند أبى حنيفة ومحمد القسامة عليها كما يجىء فى آخر الباب (قال المصنف وان لم يكن الظاهر شاهدا الخ (أقول الظاهر أن يقول وان لم يكن ثمة لوث فان النكرة اذا أعيدت معرفة تكون عين الاول لكن المراد من الظاهر هو اللوث كما لا يخفى

على المدعى أصل له كما فى النكول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر وفى رواية على المدعى عليه وروى سعيد بن المسيب أن النبى عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولى الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى أن لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولى اشارة الى أن خيار تعيين الخمسين الى الولى لان اليمين حقه والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل أو يختار صالحى أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة

شروطها اللهم الا أن يقال المكاتب حر يدا وان لم يكن حرا رقبة كما صرحوا به ومر فى الباب السابق فوجد فيه الحرية فى الجملة فجاز اشتراط الحرية فى القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وقال فى العناية وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود أثر القتل فى الميت وتكميل اليمين خمسين انتهى أقول فيه شئ من الاخلال زائد على ما فى النهاية وغاية البيان وهو أنه لم يتعرض فيه لاشتراط الذكورة فى المقسم مع كونها شرطا أيضا ثم أقول فى امكان توجيه ذلك احتمالان أحدهما انه اكتفى فى افادة ذلك الشرط أيضا بتذكير لفظ المقسم فى قوله بلوغ المقسم وبتذكير الضمير فى قوله وعقله وحريته وان كان تغليب المذكر على المؤنث شائعا فى أحكام الشرع وثانيهما انه ترك ذكر اشتراط الذكورة بناء على وجوب القسامة على المرأة فى مسئلة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهى ما سيجىء فى آخر هذا الباب من أنه لو وجد قتيل فى قرية لامرأة فعند أبى حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال أبو يوسف القسامة على العاقلة أيضا فكانت المرأة أهلا للقسامة فى الجملة عندهما (قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا) أقول فى تحرير المصنف هنا قصور بل اختلال أما أولا فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هناك لوث أى قرينة حال توقع فى القلب صدق المدعى سواء كان ذلك اللوث من قبيل علامة القتل على واحد بعينه كالدم أو من قبيل ظاهر يشهد للمدعى كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثانى كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله أو ظاهر يشهد للمدعى فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه فحق العبارة أن يقال وان لم يكن هناك لوث وأما ثانيا فلان ايراد الضمير المفرد فى قوله فمذهبه بعد أن ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعى ومالك وان قال اللوث عندهما الخ من قبيل الاغلاق حيث لا يفهم أن مرجعه أى منهما ومن هذا حمله بعض الشراح على الشافعى وبعضهم على مالك فحق المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى (قوله ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر وفى رواية على المدعى عليه) أقول لقائل أن يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه ان أفاد قصر اليمين على المدعى عليه بناء على ما صرحوا به فى علم الادب من أن المعرف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والتوكل على الله والائمة من قريش وقد أشار اليه المصنف فى باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدل فيه على أن لا يرد اليمين على المدعى عندنا بقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر وقال فى وجهه جعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس

خيبر فرفع الى النبى عليه السلام فقضى باستحلاف خمسين من أهل القليب فلم يرض الاولياء بايمانهم بسبب كفرهم فقال لهم رسول الله عليه السلام يقسم منكم خمسون انهم قتلوه فقالوا كيف نقسم على ما لا علم لنا قطعا فودى النبى عليه السلام من ماله فاول الحديث حجتنا وتأويل قوله يقسم منكم أى أيقسم منكم استفهاما على سبيل الانكار وكأنه عليه السلام رأى منهم الرغبة فى حكم الجاهلية حين أبوا ايمان اليهود بقولهم لا نرضى بيمين قوم كفار فقال ذلك على سبيل الزجر فلما عرفوا كراهية رسول الله عليه السلام بذلك رغبوا عنه بقولهم كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد (قوله بدأ باليهود بالقسامة) وهم أهل القليب (قوله فاولى أن لا يستحق به النفس المحترمة) جواب عن أحد قولى الشافعى رحمه الله وهو قول مالك رحمه الله أنه يجب

ابلغ

أبلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا أعمى أو محدودا فى قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولى) وقال الشافعى لا تجب الدية لقوله عليه السلام

شئ انتهى لزم أن لا يصح تحليف غير المدعى عليه من أهل المحلة فيما اذا ادعى الولى القتل على بعض منهم بعينه مع أنه يستحلف خمسون رجلا من أهل المحلة فى هذه الصورة أيضا كما صرح به المصنف فيما سيجىء وجعل اطلاق جواب الكتاب دليلا عليه وقال وهكذا الجواب فى المبسوط وان لم يفد قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعى ههنا بالحديث المذكور فلا يصح التعليل به اللهم الا أن يقال يجوز أن يثبت به المدعى هنا بوجه آخر وهو أنه عليه السلام ذكر قوله المزبور بطريق القسمة بين الخصمين والقسمة تنافى الشركة وقد أشار المصنف اليه أيضا فى باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ولا ترد اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر قسم والقسمة تنافى الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ انتهى ولا يخفى أن منافاة القسمة الشركة انما تقتضى أن لا يحلف المدعى لا أن لا يحلف غير المدعى والمدعى عليه كما فيما نحن فيه فى صورة ان ادعى الولى القتل على بعض معين من أهل المحلة نعم يلزم أن ينتقض بهذه الصورة قول المصنف فى باب اليمين وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ تأمل تقف (قوله وفائدة اليمين النكول فاذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح) أقول لا فائدة هنا لذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول بل فيه خلل لان موجب النكول فى هذه المسئلة حبس الناكل حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولى كما سيأتى فى الكتاب فانما يظهر فائدة اليمين على الصالح فى اظهاره القاتل تحرزا عن اليمين الكاذبة لا فى مجرد نكوله حتى يلزم المصير الى ذكر المقدمة المزبورة ثم ان كون فائدة اليمين النكول انما هو فى الاموال لا فى باب القسامة لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية بخلاف النكول فى الاموال كما سيأتى بيانه فى الكتاب فلا معنى لذكر تلك المقدمة ههنا ولقد أصلح صاحب الكافى تقرير هذا المحل حيث قال وله أن مختار المشايخ والصلحاء منهم لانهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرز الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم أظهروه ولم يحلفوا انتهى بقى فى هذا المقام اشكال على كل حال وهو أنه لو أخبر بعض من أهل المحلة بانه يعلم أن القاتل أحد من أهل المحلة بعينه أو أحد من غير أهلها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن أنفسهم كما صرحوا به وسيجىء فى الكتاب تفصيله فما الفائدة فى استحلافهم على العلم وأساول أر أحدا من الثقات حام حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدائع فانه قال فان قيل أية فائدة فى الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فاخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت بلا تأويل ونا من الاخبار فاتبعت السنة من غير أن يعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين أحدهما أن من الجائز أن يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطأ صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان

القصاص بيمينه وكذلك على قوله الآخر فانه يقول يستحق بيمينه النفس الا أن القصاص يسقط باعتبار الشبهة فيصار الى الدية بدلا عن القصاص (قوله تفيد يمين الصالح على العلم) لان صالحى أهل المحلة اذا علموا القاتل فيهم أظهروه ولم يحلفوا (قوله لانه يمين وليس بشهادة) يحترز بهذا التعليل عن اللعان لانه شهادة والاعمى والمحدود فى القذف ليسا من أهل الشهادة (قوله فاذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية) أى على عاقلة أهل المحلة وفى المبسوط انما يقضى بالدية على عاقلة أهل المحلة فى ثلاث سنين لان حالهم هنا دون حال من

وقوله (لانه يمين وليس بشهادة) يحترز عن اللعان حيث لا يجرى اللعان بينهما لما أن اللعان شهادة والاعمى والمحدود فى القذف ليسا من أهل أدائها قوله (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة) أى على عاقلة أهل المحلة (بالدية) فى ثلاث سنين وقوله (تبرئكم اليهود بأيمانها) قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن ابن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا فى التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب من خيبر يتشحط فى دمه فجاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل أن يتكلم فقال صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم أحد عميه حويصة أو محيصة وهو الاكبر منهما وأخبره بذلك قال ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود

فى حديث عبــدالله بن سهل رضى الله عنه تبرئكم اليهود بأيمانها ولان اليمين عهد فى الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما فى سائر الدعاوى ولنا أن النبى عليه السلام جمع بين الدية والقسامة فى حديث ابن سهل وفى حديث زياد بن أبى مريم وكذا جمع عمر رضى الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول عـلى الابراء عن القصاص والحبس

التحليف على العلم مفيدا وجاز أن يقر على عبد غيره فصدقه مولاه فيؤمر بالدفع أو الفداء و يسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا فجاز أن يكون التحليف على العلم لهذا المعنى فى الاصل ثم بقى هذا الحكم وان لم يكن لواحـد من الحالفين عبد كالرمل فى الطواف فان النبى صلى الله عليه وسلم كان رمل فى الطواف اظهارا للجلادة والقوة للكفرة ويقول رحـم الله امرأ أظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم و بقى الرمل فى الطواف كذا هـذا والثانى أنه لا يمتنع أن يكون واحد منهم أمرصبيا أو مجنونا أو عبدا محجورا بالقتل فلو أقر به يلزمه فى ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له قاتـلا وهو الصبى الذى أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه و يسـقط الحكم عن غيره فكان مفيـدا الى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكر منك (قوله ولنا أنه عليـه السـلام جمع بين الدية والقسامـة فى حديث ابن سـهل) قال بعض الفضلاء فيـه بحث فانه لم يجر القسامة بينهم بالكلية وانما وداه رسول الله صـلى الله عليه وسـلم من عنده وفى رواية من ابل الصدقة على ما ذكر فى الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى أقول أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وجوب القسامة على اليهود بقوله تبرئكم اليهود بأيمانها وانما لم يجر القسامة بينهم لعدم طلب أولياء القتيل اياها حيث قالوا لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه ومطالبة ولى القتيل بالقسامة شرط لاجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر أثناء أن ذكرنا شروط القسامـة على التفصيـل نقلا عن البدائع وانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده أو بمائة من ابل الصدقة على سبيل الحمالة عنهم بناء على أن أهل الذمة من أهل البر اليهم وقد أفصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا حيث قالا بعد نقل الحـديث انما ودى رسول الله عليه السلام لانه تجوز الحمالة عن أهل الذمة فان قضاء دين الغير بر له وأهل الذمة من أهل البر اليهم حتى جاز عندنا صرف الكفارات اليهم ولا يجوز من مال الزكاة الا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى ثم ان هذا القدر من التوجيه انما يحتاج اليه على ما روى من حديث عبـدالله بن سهل بن أبى حثمة كما وقع فى الصحيحين وأما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع فى شرح الآثار للطحاوى قصرا على الزهرى وأخرجه كثير من المحدثين عن الزهرى عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه فى مصنفه ومنهـم ابن أبى شيبة رواه أيضا فى مصنفه ومنهم الواقدى رواه فى مغازيه فى غزوة خيبر فايجاب النبى صـلى الله عليه وسـلم القسامة والدية على اليهود صريح بين وقد ذكره المصنف اجمالا من قبل حيث قال وروى ابن المسيب أن النبى عليه السلام بدأ باليهود فى القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم وفصله الشراح حيث قالوا روى الزهرى عن

باشر القتل خطأ واذا كانت الدية هناك على عاقلته فى ثلاث سنين فههنا أولى (قوله فى حديث عبـدالله بن سهل) وهو ما روى سهل بن أبى حثمة أن عبدالله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا فى التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبدالله بن سـهل قتيلا فى قليب من قلب خيبر يتشحط فى دمه فجاؤا الى رسول الله عليه السلام ليخبروه فاراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل أن يتكلم فقال عليه السلام الكبير الكبير فتكلم أحد عميه حويصة أو محيصة فاخبره بذلك فقال ومن قتله قال من يقتله سوى اليهود قال تبرئكم اليهود بأيمانها (قوله فى حديث بن سهل وفى حديث زياد) فحديث سهل ما ذكروا أما حديث ابن زياد فما روى خصيف عن زياد بن أبى مريم أنه قال جاء رجل الى النبى عليه السلام وقال انى وجـدت أخى قتيلا فى بنى فلان فقال اختر من شيوخهم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا فقال الرجل وليس لى من أخى الا هـذا قال نعم ومائة من الابل (قوله وكذا جمع عمر رضى الله عنه بينهـما على وادعة) روى أن قتيلا

قال عليه الصـلاة والسلام تبرئكم اليهـود بأيمانها فقالوا لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه فقال عليه الصلاة والسلام أتحلفون وتسـتحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله صـلى الله عليه وسـلم أن يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة واستدل الشافعى رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام تبرئكم اليهود بأيمانها على أنه لا دية بعد الحلف والا لما كان ثمة براءة و وادعة قبيلة

(قال المصنف ولنا أنه جمع بين الدية والقسامة فى حديث ابن سهل) أقول فيه بحث فانه لم يجر بينهـم القسامة بالكلية وانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنـده وفى رواية من ابل الصدقة على ما ذكر فى الصحيحين وغيرهما ونقلـه الشراح هنا

وكذا

وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامـة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهـم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتـل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم أو وجبت بتقصيرهم فى المحافظة كما فى القتل الخطا (ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف) لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع

سعيد بن المسيب أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله صـلى الله عليه وسـلم فى قتيل من الانصار وجد فى جب اليهود بخيبر وذكر الحديث الى أن قال فالزم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة انتهى وكذا أمر ايجاب القسامة والدية معا على اليهود ظاهر على ما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل خيبر أن هذا قتيل وجد بين أظهركم فما الذى يخرجه عنكم فكتبوا له أن مثل هـذه الحادثة وقعت فى بنى اسرائيل فانزل الله تعالى على موسى عليه السـلام أمرا فان كنت نبيا فاسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى أرانى أن أختار منكم خمسين رجلا يحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم تغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس أى بالوحى كذا ذكر الحـديث فى الكافى والبدائع وغيرهما فظهر أن منشأ البحث المزبور عدم الاحاطة بجوانب المقام خبرا (قوله وكذا اليمين تبرئ عما وجب له القصاص والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهـم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص) أقول الظاهر أن المراد بهذا هو الجواب عن قول الشافعى ولان اليمين عهد فى الشرع مبرئا للمدعى عليه لكن يرد عليـه أنه انما يتم فيما اذا ادعى ولى القتيل القتل العمد فان الموجب حينئذ هو القصاص على تقـدير أن يقروا بذلك فان حلفوا حصلت البراءة عنه وأما فيما اذا ادعى القتل خطأ فلا يتم ذلك لان الموجب حينئذ هو الدية على تقـدير أن يقروا به فاذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم أيضا عندنا ويمكن أن يقال ولى القتيل وان ادعى القتل الخطأ يحلف أهل المحلة بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا باطلاق القتل عن قيد العمد والخطأ فيجوز أن وقع القتل منهم عمدا ولم يعلمه الولى بل ظن أنهم قتلوا قريبه خطأ فلو أقروا فى مثل ذلك بالقتل العمـد تحرزا عن الايمان الكاذبة بناء على اطلاق القتل فى تحليفهم لظهر القصاص فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعا فان قلت اذا كانت دعوى الولى مخصوصة بالقتل الخطا كيف يصح اطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير فى الشرع قلت لا غرو فى ذلك وله نظير فى الشرع ألا يرى أنه لو ادعى الولى على واحد من أهل المحلة بعينه قتل قريبه عمـدا أو خطأ استحلف خمسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم عـلى ما سيجىء فى الكتاب فتأمل فان حل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر اليه فى تصحيح كلام المصنف هنا وان كان يرى تعسـفا فى بادئ الرأى (قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم) أقول لا وجه لذكر قوله لا بنكولهم هنا بل الحق أن يذكر بدله لا بأيمانهم لانا الآن بصـدد بيان موجب أيمانهم وأما موجب نكولهم فانما يأتى بيانه من بعـد بقوله ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا بنكولهم بما نحن بصدده ولان الظاهر أن قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهـم ظاهرا الخ جواب عن قول الشافعى لا ملزما كما فى سائر الدعاوى يعنى ما عهد اليمين فى الشرع ملزما كما فى سائر الدعاوى فالدافع له أن يقال الدية انما تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لا بأيمانهم فلم يكن اليمين ملزما ههنا كما فى سائر الدعاوى فقوله لا بنكولهـم حشو محض فى دفع ذلك وانما اللازم أن يقال بدله لا بأيمانهم كما لا يخفى (قوله ومن أبى منهـم اليمين حبس حتى يحلف) قال تاج الشريعة هذا اذا ادعى الولى القتل عمدا أما اذا ادعاه خطأ فنكل أهل المحلة

وجد بين وادعة وأرحب وكان الى وادعة أقرب فقضى عليهم عمر رضى الله عنه بالقسامـة والدية فقال وادعى يا أمير المؤمنين لا أيماننا تدفع عن أموالنا ولا أموالنا تدفع عن أيماننا فقال انما حقنتم دماءكم بأيمانكم وانما أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم وقوله وكذا لو ادعى على البعض بأعيانهم سنذكره من بعد ان شاء

بينه و بين الدية بخلاف النكول فى الاموال لان اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذى ذكرنا اذا ادعى الولى القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى فى العمد أو الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقى ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه عمدا أو خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب فى الكتاب وهكذا الجواب فى المبسوط وعن أبى يوسف فى غير رواية الاصل أن فى القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولى ألك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما اذا كان فى مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم وفيما وراءه بقى على أصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

فانه يقضى بالدية على عاقلته ولا يحبسون ليحلفوا انتهى وأما سائر الشراح فلم يقيد أحد منهم ههنا مثل ما قيده تاج الشريعة الا أن صاحبى النهاية والعناية قالا فى صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس حتى يحلفوا ان أبوا وادعى الولى العمد ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى أن ظاهر ما ذكراه هنالك يطابق ما ذكره تاج الشريعة هنا أقول لا يذهب عليك أن الظاهر من اطلاق جواب مسئلة الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذى ذكره المصنف ومن دلالة قوله فيما بعد هذا الذى ذكرناه اذا ادعى الولى القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى فى العمد أو الخطأ أن يكون الحبس الى أن يحلف الناكل موجب النكول فى كل واحدة من صورتى دعوى العمد ودعوى الخطأ وعن هذا ترى أصحاب المتون قاطبة أطلقوا جواب هذه المسئلة وكذا أطلقه الامام قاضيخان فى فتاواه حيث قال فان امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى وكذا حال سائر ثقات الائمة فى تصانيفهم وكأن صاحب الغاية تنبه لهذا حيث قال فى صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية على العاقلة فى ثلاث سنين عندنا وعند الشافعى اذا حلفوا ارثوا وأما اذا أبوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا أو يقروا انتهى فانه جرى فى بيان حكمها أيضا على الاطلاق كما ترى ثم أقول التحقيق ههنا هو أن فى جواب هذه المسئلة روايتين احداهما أنهم ان نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على الاطلاق وهو ظاهر الروايتين عن أئمتنا الثلاثة والاخرى أنهم ان نكلوا لا يحبسون بل يقضى بالدية على عاقلتهم فى ثلاث سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ وهو رواية الحسن بن زياد عن أبى يوسف وقد أفصح عنه فى المحيط البرهانى حيث قال ثم فى كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضى خمسين رجلا فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر فى الكتاب وروى الحسن بن زياد عن أبى يوسف أنه قال لا يحبسون ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم فى ثلاث سنين وقال ابن أبى مالك هذا قوله الآخر وكان ما ذكر فى هذه الرواية قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الاول الى هنا لفظ المحيط ثم أقول بقى ههنا اشكال وهو أنه قد مر فى باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل فى النفس حبس حتى يحلف أو يقر عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الارش فى النفس وفيما دونها انتهى فقتضى اطلاق ذلك أن يكون موجب النكول فى القسامة أيضا هو القضاء بالدية دون الحبس عند أبى يوسف ومحمد وان ادعى ولى القتيل القصاص مع أن المذكور فى عامة الكتب أن يكون موجب النكول فى القسامة هو الحبس الى الحلف بلا خلاف فيه من أبى يوسف ومحمد كما هو ظاهر الرواية نعم قد ذكر أيضا فى المحيط والذخيرة أنه روى

الله تعالى وعد بيانه ثم فى الموضع الذى وعد بيانه فيه قال وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان وقيل فى بعض النسخ الحكم مذكور مكان قوله سنذكره فيصح قوله وقد ذكرنا لكن لم يثبت عندى صحة هذه الرواية من النسخ المتقنة

من همدان وقوله (يدل عليه اطلاق الجواب فى الكتاب) أى فى كتاب القدورى أشار به الى ما ذكره بقوله واذا وجد القتيل فى محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الخ (وهكذا الجواب فى المبسوط) يعنى أوجب القسامة والدية فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه

وفى الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل فى اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو أوجبناهما لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم تكن استحلفه يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى فى المال ثبت به وان كان فى القصاص فهو على اختلاف مضى فى كتاب الدعوى قال (وان لم يكمل أهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين) لما روى أن عمر رضى الله عنه لما قضى فى القسامة وافى اليه تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعى رحمهما الله مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما أمكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام أمر الدم فان كان العدد كاملا فأراد الولى أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال (ولا قسامة على صبى ولا مجنون) لانهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح قال (ولا امرأة ولا عبد) لانهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها قال (وان وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية) لانه ليس بقتيل اذ القتيل فى العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حى وهذا ميت حتف أنفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحى عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد وقد ذكرناه فى الشهيد (ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس فى محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من

الحسن بن زياد عن أبى يوسف أنه يقضى بالدية فى القسامة أيضا عند النكول لكن يبقى اشكال التنافى بين ما ذكر فى المقامين على قول أبى يوسف فى ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقا فتأمل فى الدفع (قوله وفى الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل فى اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس) أقول فيه بحث لانه ان أراد باطلاق النصوص اطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدى ههنا نفعا اذ من القواعد المقررة عندهم أن النص الوارد على خلاف القياس يختص بمورده والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وأن تكون مخصوصة بموردها وهو ما اذا وجد القتيل فى مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم كما ذكر فى وجه القياس وان أراد باطلاقها اطلاقها بحسب المورد أيضا فهو ممنوع اذ لم يسمع فى حق القسامة نص ورد فيما اذا ادعى الولى القتل على بعض من أهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة فى هذا الباب (قوله ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها) أقول يشكل اطلاق هذا بقول أبى حنيفة ومحمد فى مسئلة تجىء فى آخر هذا الباب وهى أنه لو وجد قتيل فى قرية لامرأة فعند أبى حنيفة ومحمد عليها القسامة يكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وأما عند أبى يوسف فالقسامة أيضا على العاقلة انتهى وسيجىء فى كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا من الجواب وما فيه من الخلل (قوله لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به فى البدن الا أن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمى بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة) يعنى أن وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد فى كل البدن وأكثر البدن كل حكما وان لم يكن كلا حقيقة فالحق أكثر البدن بالبدن فى وجوب القسامة والدية تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل أصلا لا حقيقة ولا حكما فبقى على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية كذا فى غاية البيان أقول فى هذا التعليل شىء وهو أنه قد ذكر فى وضع المسئلة انه لو وجد بدن القتيل أو أكثر من

(قوله كررت الايمان عليهم) لان تكرار اليمين مشروع كما فى كلمات اللعان

وقوله (على اختلاف مضى فى كتاب الدعوى) بين أبى حنيفة وصاحبيه حيث قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع الخ قال (وان لم يكمل أهل المحلة خمسين) وافى اليه أى أتى اليه وأهل اللغة يقولون وافاه

(قال المصنف ثم يجب عليهم القسم) أقول فيه أنه

النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شئ عليهم) لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به فى البدن الا أن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمى بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فى القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه أن الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقى تجرى فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقى لا تجرى فيه القسامة تجب

نصف البدن أو النصف ومعه الرأس فى محلة فعلى أهلها القسامة والدية والتعليل المذكور انما يفيد وجوب القسامة والدية على أهل المحلة فيما اذا وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن فى هاتيك المحلة لا فيما اذا وجد النصف ومعه الرأس فيها فان الموجود فيها فى هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحقا به فلم يتم التقريب اللهم الا أن يقال النصف اذا كان معه الرأس يصير فى حكم أكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه أصلا كما صرحوا به فيصير قول المصنف الا أن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمى شاملا لما هو الاكثر حقيقة أو حكما فيتم التقريب بهذا التأويل ثم بقى شئ آخر وهو أن قول المصنف بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة قاصر عن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل أنه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شئ عليهم ولا يخفى أن قوله بخلاف الاقل الخ لا يشمل ما وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا يحصل تمام التقريب فالاولى أن يقال بخلاف الاقل والنصف الذى ليس معه الرأس الخ وكان صاحب الغاية ذاق هذه البشاعة حيث قال فى شرحه بدل قول المصنف بخلاف الاقل الخ وما سواه ليس بكل أصلا لا حقيقة ولا حكما فبقى على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية اه وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف الا أن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمى حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى أقول ليس ذاك بوارد فان هذا الذى ذكره المصنف ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة النص كما يرشد اليه قوله ولا ملحق به فى قوله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به والذى لا يجوز فى هذا الباب هو القياس لا دلالة النص كما لا يخفى (قوله ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان) يعنى لو وجبت بالاقل لوجبت بالاكثر أيضا اذا وجد وكذلك لو وجبت بالنصف لوجبت بالنصف الآخر أيضا اذا وجد فيلزم أن تتكرر القسامتان والديتان فى مقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز اذ لم تشرعا مكررتين قط قال فى غاية البيان كان ينبغى أن يقول يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية لانه حينئذ يكون أكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف حيث قال بعد نقل ما فى غاية البيان ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران فى خمسين نفسا انتهى أقول ليس هذا بشئ لان القسامة فى الشرع اسم لمجموع ايمان يقسم بها خمسون من أهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم انسان فكيف يتصور أن يتحققا فى كل واحد من خمسين نفسا حتى يصح توجيه تكرر القسامتين والديتين على القطعتين بتكررهما فى خمسين نفسا وانما الموجود فى آحاد خمسين نفسا بعض القسامة والدية لا نفسهما والكلام فى اسناد التكرر الى نفس القسامتين والديتين فلا مساغ لذلك التوجيه (قوله والاصل فيه أن الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقى تجرى فيه القسامة لا تجب الخ) أقول فيه نظر لانه اذا كان الباقى نصف القتيل مشقوقا بالطول مثلا يصدق عليه أنه بحال لو وجد لا تجرى فيه القسامة اذ قد صرح فيما قبل بانه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا شئ عليهم مع أنه لا تجب القسامة حينئذ فى الموجود الاول أيضا بناء على ذلك المصرح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وان كان بحال لو وجد الباقى لا تجرى فيه القسامة تجب كما لا يخفى

ولم يذكر الانف وحكمه حكم دبره وذكره وذكر الفم مطلقا وقد قيل اذا صعد من جوفه الى فيه وأما اذا نزل من رأسه الى فيه فليس يصلح دليلا على القتل ذكره فخر الاسلام فى شرح الزيادات وكلامه ظاهر وقوله (ولانا لو اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان) وفى بعض النسخ يتكرر ذلك لانه اذا وجب بالاقل وجب بالاكثر اذا وجد وكذلك لو وجب بالنصف لوجب بالنصف الآخر فتتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز فان قيل ينبغى ان تجب القسامة اذا وجد الرأس لانه يعبر به عن جميع البدن أجيب بان ذلك بطريق المجاز والمعتبر هو الحقيقة ولانه لو وجبت به لوجبت بالبدن بطريق الاولى فلزم التكرار وقيل كان ينبغى ان يقول تتكرر

تكرار (قال المصنف الا أن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمى) أقول فيه بحث لان هذا قياس

والمعنى

القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة متكررا وثبوت الدية متكررا وعبارة التثنية تستلزم أن يكون أكثر من القسامتين والديتين ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران فى خمسين نفسا وقوله (والمعنى ما أشرنا اليه) يريد به التكرار المذكور وعدمه وقوله (لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) اعترض عليه بان الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا فى عين الصبى وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها وأجيب عنه بانه انما لم تجب فى الاطراف قبل أن تعلم صحتها ما يجب فى السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شئ لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شئ فكذا هذا وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق فى الاموال وما يسلك به مسلكها فلان لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى والصواب أن يقال الظاهر ههنا أيضا اعتبر دافعا لما عسى يدعى القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل ابن مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان قوموا فدوه قال (واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل الخ) اذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون أهل المحلة سواء كان مالكها أو لم يكن وكذا اذا كان قائدها أو راكبها لانه فى يده فصار كما اذا كان فى داره فان اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدية عليهم

والمعنى ما أشرنا اليه وصلاة الجنازة فى هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر (ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شئ على أهل المحلة) لانه لا يفوق الكبير حالا (وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا (وان كان ناقص الخلق فلا شئ عليهم) لانه ينفصل ميتا لا حيا قال (واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة) لانه فى يده فصار كما اذا كان فى داره وكذا اذا كان قائدها أو راكبها (فان اجتمعوا فعليهم) لان القتيل فى

(قوله ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شئ على أهل المحلة) أقول فى تحرير هذه المسئلة بهذا الاداء فتور من وجوه الاول أن الجنين على ما صرح به فى عامة كتب اللغة الولد ما دام فى البطن فكيف يتصور أن يوجد فيهم جنين وجده وهو فى بطن أمه أما وجوده مع أمه فهو بمعزل عما نحن فيه لكون الحكم هنالك للام دون الجنين والثانى أن ذكر الجنين يغنى عن ذكر السقط لان السقط على ما صرح به فى كتب اللغة الولد الذى سقط قبل تمامه والجنين يعم تام الخلق وغير تامه والثالث ان قوله ليس به أثر الضرب غير كاف فى جواب المسئلة اذ لا بد فيه من أن لا يكون به أثر الجراحة والخنق أيضا كما تقرر فيما سبق فالاقتصار هنا على نفى أثر الضرب تقصير والاظهر أن يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به أثر القتل فلا شئ عليهم تدبر (قوله وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا فى عين الصبى ولسانه وذكره اذا لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها أجيب بانه انما لم يجب فى الاطراف قبل أن يعلم صحتها ما يجب فى السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل

(قوله والمعنى ما أشرنا اليه) وهو أن تكرار القسامة والدية فى قتيل واحد غير مشروع (قوله لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) فان قيل الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا قلنا فى عين الصبى ولسانه وذكره اذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها قلنا اعتبار الظاهر هنا لانه نفس من وجه ولا كذلك الاطراف لانها يسلك بها مسلك الاموال ولا يجب القصاص والدية فيها ما لم يعلم سلامتها وأما الجنين فنفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب فالظاهر أنه ينفصل حيا اعتبرنا جهة النفس كالقتيل الموجود فى المحلة وبه أثر الجراحة يحكم أنه مقتول وتجب القسامة والدية اعتبارا للظاهر وان كان يحتمل انه مات حتف أنفه تعظيما للدم واذا انفصل ناقصا اعتبرنا فيه جهة العضو ولم نوجب الدية التى لها خطر اذ لا تيقن بانفصاله حيا ولا ظاهر يشهد بذلك (قوله واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته) وروى

لان القتيل فى أيديهم فصار كما اذا وجد فى دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القتيل فى الدار فان الدية ههنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكا أو لم يكونوا وهنالك على

(قوله ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران فى خمسين نفسا) أقول جزء الدية لا يسمى دية حتى يقال يتكرر فى خمسين نفسا فتامل (قوله اعترض عليه بان الظاهر الى قوله وأجيب عنه بانه الخ) أقول الاعتراض والجواب للاتقانى (قوله وأما اذا انفصل ميتا) أقول الظاهر اذا وجد ميتا (قوله وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه) أقول بل يرده فان حاصله كون الظاهر حجة للاستحقاق هنا لتعظيم الامر النفوس ومنع كلية القضية القائلة أن لا يكون حجة للاستحقاق ويقوى هذا المنع ما سبق من المصنف فى الدرس الامس ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا فليتامل (قوله فلان لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى) أقول الاستحقاق هنا للمال أيضا لا لغير (قوله وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك) أقول ذلك فى الغرة والقسامة والدية ليستا فى معناها

المالك لا على السكان وأجيب أولا بانا لا نسلم أن الدية لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه والمذكور فى الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقول القائد أو السائق أو الراكب وأما اذا كان لها مالك معروف فانها تجب عليه وثانيا

أيديهم فصار كما اذا وجد فى دارهم قال (وان مرت دابة بين القريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما) لما روى أن النبى عليه السلام أتى بقتيل وجد بين قريتين فامر أن يذرع وعن عمر رضى الله عنه أنه لما كتب اليه فى القتيل الذى وجد بين وادعة وأرحب كتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا قال (واذا وجد القتيل فى دار انسان فالقسامة عليه) لان الدار فى يده (والدية على عاقلته) لان نصرته منهم وقوته بهم قال (ولا تدخل السكان فى القسامة مع الملاك عند أبى حنيفة) وهو قول محمد (وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا) لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم وأما أهل خيبر فالنبى عليه السلام أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال (وهى على أهل الخطة دون المشترين) وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق

العلم بالصحة قصاص أو دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا وجد ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شئ لان حاله لا تفوق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شئ فكذا هذا كذا قال جمهور الشراح ورد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وبما قرره لان الظاهر

عن أبى يوسف رحمه الله فى غير رواية الاصول أنه كان يفصل فى الجواب ويقول هكذا اذا كان السائق يسوق الدابة محتشما مختفيا لان الظاهر أنه هو القاتل اذا كان يسوقها على هذا الوجه فاما اذا كان يسوقها غير محتشم نهارا جهارا فلا شئ عليه لان الانسان قد يحمل أباه أو ابنه أو أحدا من أقربائه الى بلدة ليدفنه فيه وظاهر حاله يدل عليه فلا يجعل قاتلا ومن مشايخنا من قال انما تجب الدية على عاقلة السائق اذا لم يكن للدابة مالك معروف أما اذا كان لها مالك معروف فالقسامة والدية على مالكها كما فى الدار عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال بعض مشايخنا القسامة على السائق أو القائد والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن واطلاق الجواب فى الكتاب يدل على هذا فعلى هذا يحتاج الى الفرق بين الدابة والدار على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله والفرق هو أن العبرة فى هذا الباب للتصرف والتدبير والرأى ثم التصرف والرأى والتدبير فى الدار يكون للمالك لانه لا يتصور انقطاع يده عن ذلك لانه وان آجرها فالمؤنة تكون على المالك فتكون القسامة عليه وأما فى الدابة فالتصرف والرأى والتدبير على من فى يده الدابة لان يد صاحب الدابة تزول عنها بالاجارة وكذلك بالانفلات فلهذا تكون القسامة على الذى فى يده الدابة (قوله قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت) أى القضاء على أقربهما انما يكون اذا كان القتيل بحيث يبلغ أهله الصوت هكذا ذكر الشيخ أبو الحسن الكرخى رحمه الله ووادعة وأرحب قبيلتان من همدان (قوله واذا وجد القتيل فى دار انسان فالقسامة عليه لان الدار فى يده) فصار صاحب الدار مع أهل المحلة بمنزلة أهل المحلة مع أهل المصر فالم يدخل أهل المصر مع أهل المحلة كذلك لا يدخل أهل المحلة مع صاحب الدار فى القسامة كذا فى شرح الاقطع (قوله ولا يدخل السكان فى القسامة مع الملاك) يعنى اذا كان فى المحلة سكان وملاك (قوله وهو قول محمد رحمه الله) ذكر فى الاسرار بعدما ذكر هذا الاختلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فقال قول محمد رحمه الله مضطرب وههنا اختار كونه مع أبى حنيفة رحمه الله (قوله هو على أهل الخطة)

وهو المفهوم من اطلاق جواب الكتاب أن القسامة تجب على الذى فى يده الدابة والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن والفرق أن العبرة فى هذا الباب للرأى والتصرف والتدبير وذلك فى الدار للمالك لان يده لا تنقطع عنها بالاجارة وأما فى الدابة فالتصرف والرأى والتدبير لمن بيده الدابة لزوال يد المالك عنها بالاجارة وبالانفلات فتكون القسامة على الذى فى يده الدابة وقوله (وادعة وأرحب) هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر وقوله (ولا تدخل السكان فى القسامة مع الملاك) يشير الى اختلاط السكان بالملاك وقوله (وهو قول محمد) يشير الى أن محمدا ليس فى هذا القول باصيل فانه ذكر فى الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هذا الاختلاف فقال وقول محمد مضطرب (وقال أبو يوسف) يعنى آخرا وكان قوله أولا كقولهما وما بعده ظاهر وقوله (وهو على أهل الخطة دون المشترين) الخطة المكان المختط لبناء دار أو غيرها

(قوله فالتصرف والرأى والتدبير الى من بيده الدابة) أقول ما الجواب اذا كان المالك مع الراكب يسوق الدابة أو يقودها أو يكون الراكب هو المالك والآخر يقود أو يسوق فان اطلاق الكتاب يشمل هذه الصور وقال الاتقانى فيما سيجىء من مسئلة السفينة فلو كان صاحب السفينة معهم ينبغى أن تجب عليه كما فى الدار فينبغى أن يكون هنا كذلك يجعل

من العمارات ومعناه على أصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين فانه يخط خطة لتمييز أنصباؤهم والضمير راجع الى المذكور وهو وجوب القسامة والدية أى القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلتهم وقوله (وقيل ان أبا حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة) يعنى من أصحاب الخطة فى كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون فى ذلك ويجوز أن يكون فيه تلويح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتيل فى دار بين مشترو ذى خطة فانهما متساويان فى القسامة والدية بالاجماع وفى المحلة فرقا فاوجبا القسامة على أهل الخطة دون المشترين مع أن كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك أن فى العرف أن المشترين قلما يزاحمون أصحاب الخطة فى التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس فى حق الدار كذلك فان فى عمارتها واسترمامها من الدار واجارتها واعارتها هما متساويان فكذلك فى القيام بحفظ الدار وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله ان صاحب الخطة هو المختص وقوله (ولانه أصيل) والمشترى دخيل وقوله (لان الولاية انتقلت اليهم) يعنى على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أو خلصت لهم على قول أبى يوسف وقوله (لزوال من يتقدمهم) يرجع الى قوله انتقلت اليهم وقوله (أو يزاحمهم) يرجع الى قوله أو خلصت لهم وقوله (واذا وجد القتيل فى دار) يعنى اذا وجد القتيل فى دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفى القسامة

يجعل جانبا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه أصيل والمشترى دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال (وان بقى واحد منهم فكذلك) يعنى من أهل الخطة لما بينا (وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين) لان الولاية انتقلت اليهم أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم (واذا وجد قتيل فى دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة فى القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما أن الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه فى القسامة قال (وان وجد القتيل فى دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقى فهو على رؤس الرجال) لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير فكانوا سواء فى الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس

اذا لم يكن حجة للاستحقاق فى الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى انتهى أقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق فى باب القسامة فانه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار وعن هذا قالوا تجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القتيل بين أظهرهم فقوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق فى الاموال وما يسلك به مسلكها فلان لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى ممنوع فان ما لزم من عدم كون الظاهر حجة فى الاموال وما يسلك به مسلكها اهدار أمر حقير وما لزم من عدم كونه حجة فى النفوس اهدار أمر خطير ولا شك أن اهدار الحقير أهون وأولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب أن يقال الظاهر هنا اعتبر دافعا لما عسى يدعى القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أسجع كسجع الكهان قوموا فدوه انتهى أقول يرد عليه أن حديث حمل بن مالك ورد فى جنين انفصل ميتا وموجبه الغرة وهى نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية حيث قال فدوه لكونها بدل النفس كما تقرر فى باب الجنين والكلام هنا فى جنين انفصل حيا بناء على أن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر فى الكتاب فاين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك فى باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لى فضربت احداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال أخوها أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان وفى رواية دعنى وأراجيز العرب قوموا فدوه الحديث انتهى فكانه نسى ما قدمت يداه (قوله واذا وجد قتيل فى دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة فى القسامة اذا كانوا حضورا وان كانوا

أى وجوب القسامة على أصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين بخط خط لتمييز أنصبائهم (قوله والولاية باعتبار الملك) أى ولاية الحفظ (قوله وقيل أبو حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة) أى بنى على ما شاهد من عادة أهل الكوفة فى زمانه ان أصحاب الخطة فى كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون فى ذلك (قوله لان الولاية انتقلت اليهم) أى على روايتان ففى احداهما تجب على صاحب الدار وفى الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل فى دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه يحمل ذاك على رواية وهذا على أخرى وحكى عن الكرخى رحمه الله انه كان يوفق بينهما ويقول الرواية التى توجبها على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التى توجبها على قومه محمولة على ما اذا

(قوله وفى الاخرى على عاقلته) أقول الاظهر أن يقول وفى الاخرى عليه وعلى عاقلته حتى يستقيم تفريع اندفاع التدافع عليه

كانوا حضورا كذا فى الذخيرة والمذكور فى الكتاب يدل على أنها عليهما جميعا اذا كانوا حضورا او بوافقه رواية فتاوى العتابى وما بعده ظاهر قال (ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل الخ) أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة رحمه الله ولاية الحفظ باليد والملك سببها وقالا ولاية الحفظ تستفاد بالملك فاذا وجدا

بمنزلة الشفعة قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان فى البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذى فى يده) وهذا عند أبى حنيفة وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشترى وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذى تصير له لانه انما أنزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشترى قبل القبض فى البيع البات وفى المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما فى صدقة الفطر وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفى البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان

غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام يعنى اذا وجد القتيل فى دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفى القسامة روايتان ففى احداهما تجب على صاحب الدار وفى الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل فى دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه يحمل ذلك على رواية وهذا على أخرى انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان قول المصنف فيما قبل وان وجد القتيل فى دار انسان فالقسامة عليه وان جاز أن يحمل على أحدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب العناية الا أن قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز أن يحمل على الاخرى منهما فان القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلته جميعا وفيما ذكره المصنف ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتغايرا وأما ثانيا فلان قول المصنف فتدخل العاقلة فى القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان صريح فى التوفيق بين المسئلة التى ذكرها هنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حضورا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير الى الحمل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح أن يكون شرح المراده (قوله لانه انما أنزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك) أقول هذا التعليل على قول أبى يوسف مشكل لانه ان أراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى أن الولاية تستفاد بالملك لا بغيره وينتقض ذلك بما مر من أن السكان يدخلون فى القسامة والدية مع الملاك عنده بناء على أن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى وان لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقريب فى اثبات مدعاهما فى هذه المسئلة كما لا يخفى (قوله وله أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد) أقول هذا التنوير غير واضح لانه ان أراد باليد اليد مطلقا أى سواء كانت يد أصالة أو يد نيابة فليس بصحيح اذ لا يجب شئ من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد أصالة كما صرحوا به قاطبة فلو أمكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة أيضا لما صح ذلك وان أراد بها يد الاصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحباه لا يسلم أنه يقتدر على الحفظ بيد الاصالة فقط بدون الملك ولا أنه لا يقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد بل يقول ولاية الحفظ انما تستفاد بالملك دون اليد كما فى مسئلتنا المتنازع فيها وبالجملة

قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لزوال من يتقدمهم أو خلصت لهم أى على قول أبى يوسف رحمه الله لما أن الولاية عنده كانت لصاحب الخطة وللمشترين فالآن خلصت للمشترين لزوال من يزاحمهم (قوله بمنزلة الشفعة) فانها على عدد الرؤس لا على قدر الانصباء عندنا (قوله ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل) الى قوله فان كان فى البيع خيار فهو على عاقلة الذى فى يده فالحاصل ان أبا حنيفة رحمه الله اعتبر

فى واحد ارتفع الخلاف وان كان لاحدهما الملك وللآخر اليد كان اعتبار اليد عنده أولى لان القدرة الحقيقية تثبت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فاما أن يكون البيع باتا أو فيه الخيار فان كان الاول فهو أى المذكور وهو الدية على عاقلة البائع وان كان الثانى فهو على عاقلة من هى فى يده عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشترى وان كان الثانى فعلى الذى تصير له ودليلهما واضح وقوله (ولهذا) أى ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (كانت الدية) فى هذا الموضع (على عاقلة صاحب الدار دون المودع) لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل أبى حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لانه قد اندرج فى دليله وذلك لانه قال (أن القدرة على الحفظ باليد) أطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل من اليد ما كان أصالة ويد المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستأجر قيل ما الفرق

لابى حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر البتة الملك فى الثانية دون الاولى والجواب أن صدقة الفطر مؤنة المبيع

(قوله وان كان الثانى فهو على عاقلة من هى فى يده) أقول لا أدرى ما فائدة هذا التفصيل والابهام فان اليد للبائع اذا الفرض انتفاء قبض المشترى ففى الصورتين الضمان على عاقلة البائع وهذه الركاكة مخصوصة بتقريره وسياق المصنف سالم عن أمثالها

المبيع فى يد المشترى والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو فى يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ قال (ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذى فى يده) لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك لكنها محتملة فلا تكفى لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفى لاستحقاق الشفعة به فى الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال (وان وجد قتيل فى سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين) لانها فى أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك فى ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على ما روى عن أبى يوسف ظاهر والفرق لهما أن السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما فى الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال (وان وجد فى مسجد محلة فالقسامة على أهلها) لان التدبير فيه اليهم (وان وجد فى المسجد الجامع أو الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال) لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين

ماذكر فى هذا التنوير ليس بأجلى من أصل المسئلة (قوله ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود أنها للذى فى يده) قال صاحب العناية ولا يختلجن فى وهمك صورة تناقض فى عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبى حنيفة لليد لان اليد المعتبرة عنده وهى التى تكون بالاصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هب أن اليد المعتبرة عنده هى التى تكون بالاصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذى ذكره المصنف بقوله لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه وهلا يناقض هذا ما مر من أن الاعتبار عند أبى حنيفة لليد دون الملك كما فى المسئلة المتقدمة آنفا فان الملك هنالك للمشترى مع أن الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله وقال صاحب الغاية هنا ولا يلزم أبا حنيفة أنه يعتبر اليد فى استحقاق الدية حتى قال فى الدار المبيعة فى يد البائع يوجد فيها قتيل أن الدية تجب على عاقلة البائع لانه يعتبر يد الملك لا بمجرد اليد فلم يثبت هنا يد الملك الا بالبينة انتهى وذكر فى معراج الدراية ما يوافقه حيث قال وفى جامع الكرابيسى اعتبر أبو حنيفة يد المالك لا بمجرد اليد فى المسئلة المتقدمة وهنا لا يثبت ذلك الا بالبينة فلا يرد نقضا عليه انتهى أقول هذا التوجيه مشكل لان الملك فى المسئلة

اليد وهما اعتبرا الملك ان وجد والا فيتوقف على قرار الملك (قوله ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذى فى يديه) يعنى اذا أنكرت العاقلة أن تكون الدار له وقالوا هى وديعة فى يده وهذا لما عرف أن الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق وقد احتجنا الى الاستحقاق ههنا فوجب اثباته بالبينة كمن طلب شفعة بالجوار فى دار بيعت فأنكر المشترى أن تكون الدار التى فى يد الشفيع ملكا له فانه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على الملك ولا يلزم أن أبا حنيفة رحمه الله يعتبر اليد فى استحقاق الدية كما ذكرنا آنفا لانه يعتبر يد الملك لا بمجرد اليد ولم يثبت ههنا يد الملك الا بالبينة (قوله واللفظ يشمل أربابها) أى لفظ من فيها (قوله وهذا على ما روى عن أبى يوسف رحمه الله ظاهر) أى لانه يجعل السكان والمالك فى القتيل الموجود فى المحلة سواء فكذا فى القتيل الموجود فى السفينة وأما عندهما ففى المحلة السكان لا يشاركون الملاك لان التدبير فى المحلة الى الملاك دون السكان وفى السفينة انهم فى تدبيرها سواء اذا حدثهم أمر وهذا لان السفينة تنتقل فيكون المعتبر فيها اليد دون الملك فانها مركب كالدابة فكما أن المعتبر فى القتيل الموجود على الدابة هو اليد دون الملك فكذا فى القتيل الموجود فى السفينة وهم فى اليد عليها سواء بخلاف المحلة والدار لانها لا تنتقل وذكر شيخ الاسلام قال بعض المشايخ انما يجب على الركاب اذا لم يكن للسفينة مالك معروف فان كان فالقسامة عليه ومثل هذا التفصيل مر فى الدابة (قوله وان وجد فى المسجد الجامع أو الشارع الاعظم فلا قسامة فيه) لان المقصود بالقسامة نفى تهمة القتل وذلك لا يتحقق فى جماعة المسلمين والدية على بيت المال لانه للعامة وفى المغرب الشارع هو الطريق الذى يشرع فيه الناس عامة على

الملك فكانت على المالك والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل وقوله (ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة) يعنى اذا أنكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وقالوا انها وديعة أو مستعارة أو مستأجرة (حتى تشهد الشهود أنها للذى فى يده) ولا يختلجن فى وهمك صورة تناقض فى عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبى حنيفة لليد لان اليد المعتبرة عنده هى التى تكون بالاصالة كما تقدم والعاقلة تنكر ذلك والباقى واضح وقوله (واللفظ) أى لفظ القدورى وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشمل أربابها أى ملاكها وغير ملاكها وقوله (وهذا) أى كون الملاك وغيرهم سواء فى القسامة (على ما روى عن أبى يوسف رحمه الله) أن السكان تدخل فى القسامة مع الملاك (ظاهر) وأما على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره فى الكتاب وهو ظاهر قال (وان وجد فى مسجد محلة)

(قال المصنف لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه) أقول

تكلامـسمواضع سوى ألفاظنذ كرها قوله (فعند أبي يوسف تجب على السكان) أي سواء كان السكان ملاكا أو غير ملاك وقوله (كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) قال في النهاية وانما أراد به أن يكون نائباعن المحال أما الاسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة وكذا في السوق النائي اذا كان من يسكنها في الليالي أو كان لاحدهم فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير وقوله (وقد بيناه) يعني في مسئلة وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل وقوله (وان وجد في وسط الفرات) يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء مادام جاريا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط قالوا هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لانه اذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك وأما اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام فتجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث أو مكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال وقوله (على التفسير الذي تقدم) أراد به قوله قبل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت وقوله (لم تسقط القسامة عنهم) يعني والدية على عواقلهم

(ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند أبي يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) لانه لجماعة المسلمين (ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجن) لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر أن القتل حصل منهم وهما يقولان ان أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف قال (وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر) وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد أما اذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته (وان وجد بين قريتين كان على أقربهما) وقد بيناه (وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر) لانه ليس في يد أحد ولا في ملكه (وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) على التفسير الذي تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال (وان ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم)

المتقدمة كان للمشتري لا محالة وعن هذا نشأ النزاع بين أبي حنيفة وصاحبيه في تلك المسئلة اذ لو كان الملك أيضا للبائع لما صار محل الخلاف واقامة الحجة من الجانبين على ما مر بيانه فاذا كان الملك هناك للمشتري فكيف يتحقق للبائع اذ ذاك يد الملك اذ ثبوت يد الملك له يقتضي ثبوت نفس الملك أيضا فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وان أريد بيد الملك غير معناه الظاهر أي اليد التي كان لصاحبها ملك في الاصل وان زال ذلك الملك في الحال بالبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك الامر الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه في الحال وهل يليق أن يعد ذلك أصلا لامامنا الاعظم فعليك بالتأمل الصادق (قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم وقد بيناه من قبل) قال صاحب العناية يريد به قوله هذا الذي

الاسناد المجازي أو هو من قولهم شرع الطريق أي تبين (قوله ولو وجد في السوق) انما أراد به أن يكون نائبا عن المحال أما الاسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة وكذا في السوق النائي اذا كان فيها من يسكنها في الليالي أو كان لاحد فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب موجب التقصير عليه كذا في مبسوط فخر الاسلام وفي المنتقى اذا وجد القتيل في صف من السوق فان كان أهل ذلك يبيتون في حوانيتهم فدية القتيل عليهم وان كانوا لا يبيتون في حوانيتهم فالدية على الذين لهم تلك الحوانيت (قوله فلا يتعلق بهم ما يجب لاهل النصرة) أي لاجل ترك النصرة (قوله وقد بيناه) أي في مسئلة وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل (قوله وان وجد في وسط الفرات) ذكر الفرات ليس بقيد وفي المبسوط اذا وجد القتيل في نهر عظيم يجري فيه الماء فلا شئ فيه وكذلك ذكر الوسط وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الشرك لانه اذا كان كذلك فلعل هذا قتيل دار الشرك وأما اذا كان موضع انبعاث الماء دار الاسلام تجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان القتيل في مكان الانبعاث أو مكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال وفي الذخيرة أيضا مثل هذا (قوله وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك الموضع على التفسير الذي تقدم) أراد به قوله هذا محمول على ما اذا كان يبلغ أهله الصوت وفي المبسوط وان كان الى جانب الشط محتبسا فهو على أقرب القرى اليه ثم قال وهذا اذا

وقد

يناقض ما تقدم فان البائع اذا لم يقبض المشتري الدار صاحب يد بلا ملك مع أنه تعقل عواقله وكذا في بعض صور البيع المنجز

وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان قال (وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه

ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة انتهى واقتفى أثره العيني أقول الظاهر أنه أراد به قوله بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو أوجبناها لاوجبناها بالقياس وهو ممتنع فانه هو المطابق لهذه المسئلة التي ذكرها المصنف هنا دون ما حمل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى على الفطن (قوله ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم) أقول لقائل أن يقول ان أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم لكن لا نسلم أن تعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر حينئذ فان ابتداء الامر اذ ذاك كون القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه وبتعيينه واحدا منهم يلزم أن يتعين خصوصه وان كان منهم ولا ريب أن تعين خصوص القاتل ينافي عدم تعينه وان أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعين خصوصه فهو ممنوع كما لا يخفى وان أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعين خصوصه أو لم يتعين فهو أيضا ممنوع اذ لا يظهر وجه كون الجناية الصادرة عن واحد منهم عند تعين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جميعا ألا يرى انه اذا أقر واحد منهم بعينه بقتل القتيل الموجود بين أظهرهم أو ثبت ذلك بالبينة لا يجب شئ على غيره أصلا فان قيل يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة أيضا تقديرا بتركهم النصرة لعدم أخذهم على يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيما بعد وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا قتل ذلك الظالم فتركوا النصرة وأما اذا لم يعلموا ذلك بان كان قتله خفية فلا ولئن سلم ذلك مطلقا لعدم احتياطهم في حفظ المحلة يشكل بما اذا أقر واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينة فانه لا يجب على غيره شئ هناك مع تحقق ذلك السبب فيه أيضا فتامل في التوجيه وذكر في الشروح نقلا عن المبسوط أنه روى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه تسقط القسامة والدية عن أهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه تكون ابراء لاهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتيل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى قلت هذه الرواية أظهر عندي دراية والله تعالى أعلم بالصواب (قوله ولان أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه) أقول يشكل هذا التعليل بما اذا ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه فانهم اذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه

كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمعون صوت من وقف على ذلك الموضع ونادى باعلى صوته وان كانوا لا يسمعون ذلك لا شئ عليهم فيه هكذا فسره الكرخي رحمه الله وفي الذخيرة وأما اذا كان بحيث لا يسمع منه الصوت لا يجب عليهم شئ وانما يجب في بيت المال لانه تحت يد عامة المسلمين (قوله وقد ذكرنا فيه القياس والاستحسان) هذا هو الموضع الذي وعد بيانه فيه بقوله وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى وههنا قال وقد ذكرناه فلعله رحمه الله توهم انه ذكره وقيل في بعض النسخ ذكره ثم فعلى هذا يستقيم قوله وقد ذكرناه (قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم) أي سقط القسامة والدية ويحلف المدعى عليه يمينا واحدا كذا في الذخيرة (قوله فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر) فان الشارع أوجب القسامة ابتداء على المحلة فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ما شرعه ابتداء وفي المبسوط وان ادعى أهل القتيل على بعض أهل المحلة الذين

وقوله (وقد ذكرناه) يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض باعيانهم أنه قتل وليه الخ وقوله (وقد بيناه من قبل) يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة

وقوله (فاجلوا عن قتيل) أي انكشفوا عنه وانفرجوا وقوله (لان القتيل بين أظهرهم) أي وجد بين أظهرهم يعني بينهم والظهر والاظهر يجيئان مقحمين كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى أي صادرة عن غنى فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وانه من خصمائه أجيب بانه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم وقوله (لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق) أي الاستحقاق عند انكار المدعى عليه للحديث الذي رويناه أي في أوائل باب القسامة وأوله قوله صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر لا يقال الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وقوله (وان وجد في خباء أو فسطاط) الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة فكان أعظم من الخباء وقوله (فعلى أقرب الاخبية) قيل هذا اذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين أما اذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم وقوله (وان كان القوم لقوا قتالا) يجوز أن يكون حالا أي مقاتلين ويجوز أن يكون مفعولا مطلقا لان لقوا في معنى المقاتلة وأن يكون مفعولا له أي

(قوله لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) أقول مع أن

قال (واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة) لان القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم (الا أن يدعى الاولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء) لان هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة قال (ولا على أولئك حتى يقيموا البينة) لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لان قوله حجة على نفسه (ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك (وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية)

دون غيره لزم أن تسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق ولعله لا يتيسر بدون التعسف قال العيني واعلم أن قوله وجه الفرق الى قوله قال واذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه أكثر الشراح انتهى قلت وعن هذا ترى ما فيه من الوهن كما نبهت عليه آنفا في الموضعين (قوله واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة لان القتيل بين أظهرهم) أي وجد بين أظهرهم أي بينهم والظهر والاظهر يجيئان مقحمين كما في قوله عليه الصلاة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنى أي صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب وكذا في الاظهر يقال أقام بين أظهرهم أي بينهم كذا في الشروح فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصمائه قلنا قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم كذا في النهاية والعناية أقول يرد على هذا الجواب أن يقال ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصما من غير أهل المحلة دافعا للقسامة والدية عن أهل المحلة مع أن الاصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالاظهر في الجواب أن يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص وسيأتي مثل هذا عن قريب (قوله وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية

وجد القتيل بين أظهرهم فقالوا قتله فلان عمدا أو خطأ لم يبطل بهذا حقه وفيه القسامة والدية لانهم ذكروا ما كان معلوما لنا بطريق الظاهر وان القاتل واحد من أهل المحلة لكنا لا نعلم ذلك حقيقة وبدعوى الولي على واحد منهم بعينه لا يصير معلوما لنا حقيقة انه هو القاتل فاذا لم يستفد بهذه الدعوى شيئا لا يتغير الحكم به فبقيت القسامة والدية على أهل المحلة وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله انه تسقط القسامة عن أهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه يكون ابراء لاهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتيل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي انه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه واذا ادعى القتيل على غيرهم امتنع دعواه عليهم للتناقض لانه لما ادعى على أهل المحلة فقد أبرأ المحلة من ذلك حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك على أهل المحلة للتناقض كذا في المبسوط (قوله واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل) قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله في كشف الغوامض وهذا اذا كان الفريقان متاولين اقتتلوا عصبية فان كانوا مشركين أو خوارج فلا شيء فيه ويجعل ذلك من اصابة العدو (قوله للحديث الذي رويناه) أي في أوائل باب القسامة وهو قوله عليه السلام لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر

استعظام أمر الدم باق على حاله حيث يجب على أهل المحلة القسامة والدية (قال المصنف وان كان القوم لقوا قتالا) أقول قال صاحب النهاية انتصاب قتالا يحتمل أن يكون على الحال أي مقاتلين وان يكون على المفعول به كما في قوله بعده وان لم يلقوا عدوا وأن يكون على المفعول له أي للقتال انتهى والمفعول به محذوف أي لقوا العدو

للقتال وقوله (لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا) يحوج الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في ذلك ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الاسلام ولا يدري أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله (وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه) اشارة الى قوله ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا الخ وقوله (وقد ذكرناه) اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا وقوله (واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله) يعني لا تسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غاية ما في الباب أنه استثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان وهذا لا ينافي أن يكون المقر شريكه في القتل وأن يكون غيره شريكا معه واذا كان كذلك يحلف على أنه ما قتله ولا عرف له قاتلا غير فلان قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة الخ) اذا ادعى الولي على رجل من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة عليه أنه قتله قال أبو حنيفة رحمه الله لم تقبل شهادتهما وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابي حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا خصماء تقديرا

لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه (وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة) خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه قال (واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان) لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما (وهذا عند أبي حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله أنهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه

لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا) قال في العناية قوله لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا يحوج الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الاسلام ولا يدري أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا في المصير الى الفرق المذكور والفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة

(قوله لان الظاهر ان العدو قتله) ولهذا كان شهيدا اذ الظاهر ان الانسان بعد الالتقاء انما يقتل من يعاديه لا من يوازره وانما أوجبنا القسامة والدية على المحلة باعتبار نوع من الظاهر وقد عدم ههنا بخلاف ما اذا اقتتل الفريقان من المسلمين غضبة كالسكان بادي والدر والأزكي ببخارا اذ ليس في اضافة القتل الى العدو حمل أمر المسلمين على الصلاح اذ الفريقان مسلمان فبقي حال القتيل مشكلا فتجب القسامة والدية على أهل المكان كذا في المبسوط (قوله وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بينا) يعني اذا لم يقاتلوا عدوا فان وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها وان كان خارجا فعلى أقرب الاخبية لان ذلك الموضع في يد أقرب أهل الاخبية هذا اذا نزلوا متفرقين أما اذا نزلوا مختلطين فان الدية والقسامة عليهم كذا في مبسوط شيخ الاسلام (قوله كالوصي اذا خرج من

(قوله وقوله لان الظاهر أن العدو قتله الخ) أقول الفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص (قوله وأما في المسلمين من الطرفين الى قوله فبقي حال القتل مشكلا) أقول وذلك أن تقول العداوة ترفع الاشكال فلا يلزم من انتفاء جهة الحمل على الصلاح كون حال القتل مشكلا ولو صح ما ذكره لكان الامر كذلك اذا كانت احدى الطائفتين الخوارج (قال المصنف وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان) أقول قال الزيلعي وان كان للارض مالك يجب على المالك بالاجماع لانهم سكان فلا يزاحمون المالك في القسامة والدية وهذا عندهما ظاهر والفرق لابي يوسف بينه وبين المحلة والدار أن العسكر نزلوا فيه للانتقال والارتحال لا للقرار فلا يعتبر الا للضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره انتهى ولا يخفى عليك مخالفته لما نص عليه المصنف من خلاف أبي يوسف (قال المصنف لانه لما أقر بالقتل على واحد) أقول اقرار القتل هنا على التوزيع كما لا يخفى

للتقصير الصادر منهم وان خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها اما ببلوغ الغلام أو بعزل القاضي وقوله (وعلى هذين الاصلين) يعني الاصلين المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كان لرجل عرضية أن يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالاجماع وأبو حنيفة رحمه الله جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصماء في هذه الحادثة لوجود القتيل بين أظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال عمر رضي الله عنه أنا أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم وبدعوى الولي القتل على غير أهل المحلة لا يتبين أن هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصماء وهما جعلا من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصماء لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله (يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس) أما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصي في حقوق اليتيم خاصم أو لم يخاصم كما مر وأما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة (٣٢٢) تقبل شهادتهما لانهما بعرضية أن يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها

وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس قال (ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة) لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن أبي يوسف أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل قال (ومن جرح في قبيلة فنقل الى أهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا قسامة ولا دية) لان الذي حصل في القبيلة والمحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله أن الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش أضيف اليه وان لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك (ولو أن رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى أهله فمكث يوما أو يومين

للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص انتهى أقول ليس هذا الفرق بتام فضلا عن كونه ظاهرا اذ لا نسلم أن الظاهر ثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق بل يجوز أن يكون حجة لدفع القسامة والدية عن أهل المحلة ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم أن يكون هدرا فلا بد في تمام الفرق بين المسئلتين من المصير الى

الوصاية) بان بلغ الغلام أو عزله القاضي (قوله وعلى الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل) الاصلان مجمع عليهما انما الخلاف في أن أهل المحلة ما حكمهم عند أبي حنيفة رحمه الله هم خصماء وعندهما كانوا بعرضة ان يصيروا خصماء فلهذا لم تقبل شهادتهم عند أبي حنيفة رحمه الله وقبلت عندهما ومما يتخرج على الاصلين مسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل لانهما ما صارا خصمين بل صارا بعرضة ذلك ولا تقبل شهادتهما بعد الطلب لصيرورتهما خصمين ولا تقبل شهادة البائع للمشتري على الشفيع بتسليم الشفعة وان سلم الدار الى المشتري لانه صار خصما للشفيع بنفس البيع فانه وجب عليه التسليم الى الشفيع متى طلب منه كما وجب التسليم الى المشتري والموصى له بالثلث اذا شهد بموت الموصى بحال وقوع الاشكال في موته وقدر وصيته قبلت الشهادة (قوله لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر من الفرق وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم الى آخره (قوله ومن جرح في قبيلة) أي ولم يعلم الجارح (قوله فان كان صاحب فراش حتى مات) أي لو صار المجروح صاحب فراش حين

وقوله (ولو ادعى) ظاهر وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر من مسئلة وان ادعى الولي على واحد من أهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر وقوله (ومن جرح في قبيلة) يعني ولم يعلم الجارح لانه لو علم سقط القسامة بل فيه القصاص على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة اذا كان خطأ فاذا لم يعلم الجارح فاما أن يصير صاحب فراش حين جرح أو يكون صحيحا حينئذ يجيء ويذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف لا شيء عليه وهو مذهب ابن أبي ليلى ووجه قول أبي يوسف ظاهر ووجه قول أبي حنيفة أن الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص واعترض عليه بانه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفترق في حق القصاص فانه اذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص وأجيب بان القسامة والدية وردتا في قتيل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جارحه اذا صار صاحب فراش قتيل شرعا لانه صار مريضا مرض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كأنه مات حين جرح فوجبت الدية والقسامة وأما اذا كان صحيحا يذهب ويجيء فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة

ثم مات لم يضمن الذي حمله الى أهله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن) لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة (ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه)

ما ذكره المشايخ من البيان ونقله صاحب العناية كما تحققته (قوله ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة) قال صاحب العناية اعلم أن المصنف قال فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وان كان الثاني كان الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا أشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف أي على عاقلة ورثته الى هنا كلامه أقول ما ذكره في الدفع كلام مشوش خال عن التحصيل سيما قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف أي على عاقلة ورثته فان حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة يعم الصورتين قطعا أي صورة ان كان عاقلة الميت عاقلة الورثة وصورة ان كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فما معنى تخصيص حكمها بالصورة الاولى بمجرد الاشارة الى امكانها ثم ان تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى يقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلته على التقدير الثاني ولم يقدر على التقدير الاول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف أي على عاقلة ورثته فالوجه في الدفع أن يقال المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلته أي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول الصورتين معا أما تناوله الصورة الثانية وهي ان كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر وأما تناوله الصورة الاولى وهي ان كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلأن عاقلته وعاقلتهم اذا اتحدت انما يصح نسبتهم الى الورثة كما يصح نسبتهم الى الميت بل تكون نسبتهم الى الورثة أولى ههنا لان الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فديته على عاقلته لورثته أي على عاقلة ورثته لورثته لانه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لا له لانه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم وانما قال الدية على عاقلته بناء على الظاهر وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحدة وان كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الاصح وعلى قياس طريقة أن غيره لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب أن تكون الدية على عاقلة القتيل كذا في المبسوط انتهى أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية الا أن في تقريره أيضا شيئا من الركاكة فالارجح ما قررناه من قبل تأمل ترشد

جرح في تلك القبيلة ثم نقل الى أهله فمات وانما قيد به لانه لو كان صحيحا يجيء ويذهب حين جرح ثم مات في أهله فلا شيء فيه كذا في المبسوط (قوله وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة) وهو من جرح في قبيلة وفي المبسوط بعد ما ذكر مسئلة القبيلة وعلى هذا التخريج اذا وجد على ظهر انسان يحمله الى بيته فمات بعد يوم أو يومين فان كان صاحب فراش حتى مات فهو على الذي يحمله كما لو مات على ظهره وان كان يذهب ويجيء فلا شيء على من حمله وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا شيء عليه في الوجهين (قوله ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله) وانما قال الدية على عاقلته بناء على الظاهر وهو ان عاقلة الوارث والمورث متحدة وان كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الاصح وعلى قياس طريقة ان غيره لو وجد قتيلا فيها

وقوله (ولو أن رجلا معه جريح الخ) حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى أهله ولهذا قال في آخره وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله في مسئلة القبيلة وقوله (ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه) اعلم أن المصنف رحمه الله قال فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم فان كان الاول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وان كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا أشار الى

(قال المصنف ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته) أقول أي على

الاول فى حكم المسئلة والى الثانى فى دليلها وعلى التقدير الثانى يقدر فى قوله فالدية على عاقلته مضاف أى على عاقلة ورثته وماذكر فى الكتاب من وجه المسئلة للجانبين ظاهر واعترض على وجه أبى حنيفة رحمه الله بان الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم وأجيب بانها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبى والمعتوه اذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له ثم اعلم بانه صنع مثل ذلك فى ذكره الدية فى الحكم والقسامة فى دليل أبى حنيفة رحمه الله اشارة الى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فان القسامة لم تذكر فى الاصل واختلف المشايخ فى وجوبها على العاقلة على قول أبى حنيفة فمنهم من قال لا تجب لانها تختص بمن يعلم بحال القتيل وليس ههنا من يعلمه فلا تلزم القسامة ومنهم من قال تجب لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه فى داره فيكون ثمة من يعلم بحاله واختاره المصنف واكتفى بذكرها فى الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية وما ألطفه مخبرا بل الله دره ولما استشعر ورود مسئلة المكاتب اذا وجد قتيلا فى داره كالنقض على ما ذكر أشار الى الجواب بقوله لان حال ظهوره الخ يعنى انما صار دم المكاتب هدرا لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لان الكتابة لا تنفسخ اذا مات عن وفاء بل يقضى به ما عليه واذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قتيل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدرا بخلاف الحر فانه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد فى دار غيره ولم يعلم له قاتل فتجب فيه القسامة والدية وقوله (ولو أن رجلين كانا فى بيت) ظاهر وقوله (كما اذا وجد قتيل فى محلة) يعنى أن توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا قال

لان الدار فى يده حين وجد الجريح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرا وله أن القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل فى الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا فى دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه (ولو أن رجلين كانا فى بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه) لانه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولابى يوسف أن الظاهر أن الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل فى محلة (ولو وجد قتيل فى قرية لامرأة فعند أبى حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل اليها فى النسب وقال أبو يوسف على العاقلة أيضا) لان القسامة انما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها فاشبهت الصبى ولهما أن القسامة لنفى التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة

(قوله وله أن القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل فى الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم) اعترض عليه بان الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم وأجيب بانها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبى والمعتوه اذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا فى العناية وعليه أكثر الشراح أقول يرد على ظاهر هذا الجواب أنه ينافى ما ذكر فى وضع جواب المسئلة فان المذكور فيه فديته على عاقلته لورثته عند أبى حنيفة ومقتضى جواب الاعتراض أن تكون ديته له لا لورثته ويمكن دفعه بان المراد بالمذكور فى وضع جواب المسئلة أن دية المقتول على عاقلته لورثته فى ثانى الحال أى تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد أن كانت له أولا ومثل هذا التسامح فى العبارة ليس بعزيز فى كلمات الثقات ثم أقول

كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب أن تكون الدية على عاقلة القتيل كذا فى المبسوط (قوله من مات قبل ذلك) أى قبل ظهور القتل (قوله فتجب على عاقلتهم) أى على عاقلة الورثة فان قيل اذا قلتم ان الدية تجب على عاقلة الورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم قلنا ان الدية تجب للمقتول حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبى والمعتوه اذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته ويكون ميراثا له وهذا بخلاف المكاتب يوجد قتيلا فى دار نفسه لان هناك اذا وجد غيره قتيلا انما هو يجعل كالقاتل له لقيام ملكه فى الدار حين وجد القتيل وذلك غير موجود فيما اذا وجد هو قتيل فيه فان الملك منتقل الى الورثة وملك المكاتب باق لبقاء عقد الكتابة فلهذا افترقا (قوله ولو أن رجلين كانا فى بيت وليس معهما ثالث) اذ لو كان ثالث يقع الشك فى القاتل فلا يتعين واحد منهما (قوله كما اذا وجد قتيل فى محلة) أى كان توهم قتل نفسه ساقطا هنالك فكذا هنا (قوله والدية على عاقلتها أقرب القبائل اليها فى النسب) لانها لا تقوم بها النصرة فلا تكون من أهل

عاقلة ورثته على تقدير المضاف وانما قال هكذا بناء على الظاهر من اتحاد عاقلة الورثة مع عاقلة القتيل حتى لو اختلفت العواقل تكون على عاقلة الورثة كما صرح به المصنف فى تقرير الدليل (قال المصنف وتهمة القتل من المرأة متحققة) أقول يخالف لما مر فى بيان قوله ولا قسامة على المرأة وأرشد الا كمل الى جوابه فى الدرس الثانى من المعاقل

قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسئلة لانا أنزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيلا فى أرض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من أهلها قال هو على صاحب الأرض) لانه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية

(كتاب المعاقل)

بقى هنا اشكال قوى وهو أنه قدم أن دعوى ولى القتيل شرط لوجوب القسامة والدية وولى القتيل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم أن تكون دعواهم على أنفسهم لان الدار كانت لهم حال ظهور القتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه أيضا بتمحل فليتأمل وأجاب صاحب الغاية على أصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى أقول ليس هذا بشئ أما أولا فلان الدية اسم لمجموع ما قدره الشرع من الانواع المخصوصة من المال كما تقرر فى أول الديات وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرح جوابه فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فديته عاقلته لورثته لان دية المقتول مجموع ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم وأما ثانيا فلان المحذور المذكور فى الاعتراض المزبور انما هو أن يكون الذين عقلوا عنهم هم الذين عقلوا لهم وهم الورثة كما ينادى عليه قول المعترض فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم لا أن يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال أن من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على أن العاقلة اذا كانت أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة كما صرح به ذلك المجيب تكون الورثة أيضا من وجبت عليهم الدية لان الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم بالنظر الى الورثة لا محالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

(كتاب المعاقل)

أقول هكذا وقع العنوان فى عامة المعتبرات لكن كان ينبغى أن يذكر العواقل بدل المعاقل لان المعاقل جمع المعقلة وهى الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وهذا مع كونه مؤديا الى التكرار ليس بتام فى نفسه لان بيان أقسام الديات وأحكامها قد مر مستوفى فى كتاب الديات وانما المقصود بالبيان ههنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة فالمناسب فى العنوان ذكر العواقل لانها جمع العاقلة قال صاحب النهاية لما كان موجب القتل الخطا وما فى معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها فى هذا الكتاب انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول ليس ذاك بسديد لان مداره أن يكون المقصود بالذات فى هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها وليس كذلك فان محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على التفصيل وانما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل وأحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ولولا ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغى أن يذكر الباب أو الفصل لكون المذكور هنا اذ ذاك شعبة من الديات بخلاف العواقل فانها أمر مغاير للديات ذاتا وحكما فكانت محلا لذكر الكتاب وكان ذينك الشارحين انما اغترا بذكر المعاقل فى عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفا والوجه السديد هنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين أحكام القتل الخطا وتوابعه شرع

الديوان (قوله قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسئلة) وانما قيد بقوله فى هذه المسئلة لان المرأة لا تدخل فى العواقل فى تحمل الدية فى صورة من الصور على ما يجىء فى المعاقل وتدخل فى هذه المسئلة لانا جعلناها قاتلة فالقاتلة تشارك العاقلة لانه لما وجب على غير المباشر فعلى المباشر أن يجب جزء منها أولى وموضوع المسئلة فيما اذا وجد القتيل فى دار امرأة فى مصر ليس فيه من عشيرتها أحد أما اذا كانت عشيرتها حضورا تدخل معها فى القسامة والله أعلم

(كتاب المعاقل)

وقوله (قال المتأخرون) أى من مشايخنا رحمهم الله ان المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسئلة) يشير الى أنها لا تدخل فى غير هذه الصورة على ما يجىء فى المعاقل ان شاء الله تعالى وانما دخلت فى هذه الصورة لانها نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت فى القسامة فكما دخلت فيها دخلت فى العقل أيضا بخلاف غيرها من الصور فانها لا تدخل فيه فى القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل فى العقل أيضا وقوله (لانه أحق بنصرة أرضه) لان الحفظ والتدبير فى الارض الى صاحب الارض لا الى أهل القرية والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب المعاقل)

لما كان موجب القتل الخطأ وما فى معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بد فذكرها وأحكامها فى هذا

(كتاب المعاقل)

الكتاب وقال ز المعاقل جمع معقلة) بفتح الميم وضم القاف و بين معناها وقوله (وكل دية) مبتدأ وقوله (على العاقلة) خبره وقوله

المعاقل جمع معقلة وهى الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من أن تسفك أى تمسك قال (والدية فى شبه العمد والخطا وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون (يعنى) يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه فى الديات والاصل فى وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام فى حديث حمل بن مالك رضى الله عنه للاولياء قوموا فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذى تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفى ايجاب مال عظيم اجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين فى تركهم مراقبته فخصوا به قال (والعاقلة أهل الديوان ان كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم فى الديوان وهذا عندنا وقال الشافعى الدية على أهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضى الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى

في بيان من يجب عليه الدية اذ لابد من معرفتها انتهى (قوله والدية فى شبه العمد والخطا وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة) قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره أقول فيه خلل اذ لو كان الامر كما قالوه لكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما مستأنفا مستقلا وكان ما قبله وهو قوله والدية فى شبه العمد والخطا كلاما تاما مستقلا أيضا فيلزم أن يكون قوله والدية مبتدأ وقوله فى شبه العمد والخطا خبره فيصير المعنى والدية كائنة أو واجبة فى شبه العمد والخطا وهذا مع استلزامه أن يكون قوله والدية فى شبه العمد والخطا مستدركا لا طائل تحته ههنا اذ كون الدية واجبة فى شبه العمد والخطا وقد ذكر مفصلا فى أول كتاب الجنايات وكتاب الديات وليس له تعلق بكتاب المعاقل يفوت به المعنى المقصود ههنا وهو بيان كون الدية فى شبه العمد والخطا على العاقلة اذ بهذه الحيثية تصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل والحق الصريح عندى أن قوله والدية مبتدأ وقوله فى شبه العمد والخطا صفته أى الدية الكائنة أو الواجبة فى شبه العمد والخطا وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية فى شبه العمد والخطا وقوله على العاقلة خبر المبتدا وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونها على العاقلة منسحبا على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم المحذور أصلا ويحصل المعنى المقصود ههنا بلا ريب (قوله ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة) أقول فى تمام هذا التعليل كلام لانه يجوز أن يكون العطاء الخارج فى سنة واحدة أو فى سنتين وافيا بتمام الدية لكثرة آحاد العاقلة فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج فى سنة أو سنتين فلا يفيد هذا التعليل المزبور المدعى وهو التقدير بثلاث سنين وأيضا يجوز أن لا تكون العطايا الخارجة فى ثلاث سنين وافية بتمام الدية لقلة آحاد العاقلة فلا بد أن تؤخذ اذ ذاك من العطايا الخارجة فى أكثر من ثلاث سنين فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الحيثية أيضا كما ترى نعم

(قوله وكل دية وجبت بنفس القتل) احتراز عما وجبت بالصلح والاعتراف (قوله فى حديث حمل بن مالك) حمل ههنا اسم ولد الصابية سمى به وكان له ضرتان فضربت احداهما الاخرى بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فقال النبى عليه السلام لاولياء الضاربة قوموا فدوه فقال أخوها عمران بن عويم الاسلمى أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان قوموا فدوه (قوله لانه انما قصر بقوة فيه) وتلك بانصاره لان مثل هذا الفعل لا يكون الا بضرب استهانة وقلة مبالاة وتقصير فى التحرز وذا انما يكون بقوة يجدها المرء فى نفسه بكثرة أعوانه وأنصاره وانما تنصره عاقلته فخصوا به (قوله دون الدواوين) أى رتب الجرائد للولاة والقضاة فقال فلان من أهل الديوان ممن أثبت اسمه فى الجريدة والديوان الجريدة من دون الكتب اذا جمعها لانها قطع من القراطيس مجموعة (قوله وليس ذلك بنسخ بل تقرير

(وجبت بنفس القتل) يعنى ابتداء فان ما يجب منها بسبب الصلح أو الابوة فهى فى مال القاتل لا على العاقلة وقوله (وقد ذكرناه) يعنى الدية بتأويل العقل وقوله (وكذا الذى تولى شبه العمد) وهو الذى ضربه بالسوط الصغير حتى قتله وقوله (وفى ايجاب مال عظيم اجحافه) فسر الاجحاف بقوله واستئصاله وقوله (انما قصر) يعنى أن القاتل انما قصر حالة الرمى فى التثبت والتوقف وقوله (وتلك) أى القوة وقوله (كتبت أساميهم فى الديوان) الديوان الجريدة من دون الكتب اذا جمعها لانها قطع من القراطيس مجموعة و يروى أن عمر رضى الله عنه أول من دون الدواوين أى رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من أهل الديوان أى ممن أثبت اسمه فى الجريدة وقوله (من عطاياهم) العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطاء وقوله (وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى) جواب عن قول الشافعى

أقول كان الاولى أن يقال كتاب العواقل لان المعاقل جمع معقلة وهى الدية كما قال هو فكانه قال كتاب الديات فصار تكرارا والعواقل جمع عاقلة وهو من يتحمل الدية وهذا هو المناسب هنا كما لا يخفى (قوله وهو الذى ضربه بالسوط الصغير) أقول وفيه بحث

لان

لان العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفى عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه فى أصول أموالهم والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبى عليه السلام ومحكى عن عمر رضى الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة (فان خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود وتأويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا فى سنة واحدة معناه فى المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع

يفيد التاجيل مطلقا لكن المدعى هنا هو التاجيل بثلاث سنين لا التاجيل مطلقا (قوله فان خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود) أقول فيه بحث وهو أن القياس كان يابى ايجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما الا أن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به والشرع انما ورد بايجابه مؤجلا بثلاث سنين فانه هو المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو المحكى عن عمر رضى الله تعالى عنه كما مر آنفا فينبغى أن يختص التاجيل بثلاث سنين اذ قد تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به وسيجىء نظير هذا فى الكتاب فى تعليل أن ما وجب على القاتل فى ماله كما اذا قتل الاب ابنه عمدا ليس بحال عندنا بل مؤجل بثلاث سنين فتامل هل يمكن دفعه (قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا فى سنة واحدة) قال صاحب معراج الدراية وفى بعض النسخ ولو خرج للقابل أى للعام القابل وهو الاصح انتهى وتبعه الشارح العينى أقول كيف يكون ذلك هو الاصح وحينئذ يلزم أن يكون قول المصنف معناه فى المستقبل لغوا محضا لان ما يخرج للعام القابل أى المقبل لا يكون الا فى المستقبل قطعا فما معنى تفسير المراد بقوله معناه فى المستقبل اللهم الا أن يفرق بين خروج فى العام القابل و بين خروج للعام القابل و يدعى امكان كون الخروج للعام القابل فى الماضى بان خرج العطاء فى الماضى للعام القابل أى لاجل العام القابل بطريق تعجيل اعطاء عطية العام الآتى أيضا لمصلحة لكنه تعسف لا يخفى نعم فى النسخة الاولى أيضا كلام وهو أنه قال فى جواب هذه المسئلة يؤخذ منها كل الدية ولا شك أن كل الدية انما يؤخذ من العطايا التى خرجت للعاقلة أجمعهم لا مما خرجت للقاتل فقط الا أنه يمكن أن يقدر المضاف فى قوله ولو خرج للقاتل أى لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة فحينئذ ينتظم جواب المسئلة كما لا يخفى (قوله يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا) قال

معنى) وهذا جواب عن قوله ولا نسخ بعده فان قيل كيف يظن بهم الاجماع على خلاف ما قضى به رسول الله عليه السلام قلنا هذا اجماع على وفاق ما قضى به رسول الله عليه السلام معنى فانهم علموا ان رسول الله عليه السلام قضى على العشيرة باعتبار النصرة فقد كانت قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته فلما دون عمر الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان فلهذا قضوا بالدية على أهل الديوان * الحلف بكسر الحاء العهد يكون بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ههنا ولاء الموالاة (قوله والولاء) أى ولاء العتاقة والعد وهو أن يعد فيهم يقال فلان عديد بنى فلان أى يعد منهم كمن سكن فى دار قوم يعد فيهم وان لم يكن له قرابة فيهم كابليس اللعين كان يشتغل بالعبادة فيما بين الملائكة فعد منهم وان لم يكن من جنسهم (قوله أولى منه فى أصول أموالهم) أى من الايجاب (قوله لحصول المقصود) وهو التفريق على العطيات (قوله لان الوجوب بالقضاء) لان من عليه غير معلوم لان فى العاقلة كلاما فلا يتعين الا بالقضاء فلهذا لم يؤخذ من العطايا للسنين الماضية قبل القضاء وان خرجت بعد القضاء (قوله على ما نبين ان شاء الله تعالى) اشارة الى قوله وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما فى ولد المغرور ولان ضمان المتلفات يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا أنه اذا رفع الى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء

رحمه الله ولا نسخ بعده وقوله (بالحلف) الحلف بكسر الحاء العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء الموالاة وقوله (والولاء) أى ولاء العتاقة وقوله (والعد) هو من العديد وهو أن يعد فيهم يقال فلان عديد بنى فلان اذا عد فيهم وقوله (فان خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث) أى ثلاث سنين أو أقل مثل أن تخرج عطاياهم الثلاث فى ست سنين يؤخذ منهم فى كل سنة سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلاث فى سنة واحدة أخذ منهم الدية فيها وقوله (لحصول المقصود) يعنى أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الاعطية وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت فى أكثر من ثلاث سنين أو فى أقل منها وقوله (وتأويله) أى تأويل كلام القدورى رحمه الله فانه أطلق ذكر السنين وانما يؤخذ منهم فى ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين فى المستقبل فلا بد من التأويل وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء وقوله (واذا كان جميع

الدية فى ثلاث سنين فى كل ثلث منها فى سنة وان كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان فى سنة واحدة ومازاد على الثلث الى تمام الثلثين فى السنة الثانية ومازاد على ذلك الى تمام الدية فى السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو فى ماله فى ثلاث سنين وقال الشافعى رحمه الله ماوجب على القاتل فى ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة ولا يلحق به العمد المحض ولنا أن القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه

الشراح قوله لماذ كرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء أقول أراهم خرجوا هنا عن سنن الصواب اذ الظاهر أن قوله لماذ كرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية فحينئذ لامجال لكون قوله المزبور اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اذلا تاثير لكون الوجوب بالقضاء فى أن يؤخذ كل الدية من العطايا الخارجة فى سنة واحدة فى مستأنا هذه بل انما يكون قوله المزبور حينئذ اشارة الى قوله لحصول المقصود فانه يصلح أن يكون دليلا عليه اذ ذاك كما لايخفى على ذى مسكة نعم لو جعل قوله المزبور دليلا على قوله معناه فى المستقبل لصح جعل ذلك اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلا على ماوقع ذكره من المصنف استطرادا وبالتبع وهو قوله معناه فى المستقبل وترك ماهو أصل المسئلة ومقصود بالذات هنا خاليا عن الدليل بالكلية مما لا تقبله الفطرة السليمة على أنه لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لماذ كرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه أن يذكره متصلا بقوله معناه فى المستقبل (قوله وماوجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو فى ماله فى ثلاث سنين) أقول هذا التحرير مختل اذ الظاهر أن خبر مافى قوله وماوجب على العاقلة انما هو قوله فهو فى ماله اذ لو كان خبره فى ثلاث سنين لم يكن للفاء فى قوله فهو فى ماله معنى بل لم يظهر لضمير هو فى قوله فهو فى ماله ارتباط بما قبله وهذا كله مما لا سترة به عند من له دربة باساليب الكلام والقواعد الادبية فان كان خبر ماقوله فهو فى ماله لم يصح معنى الكلام فى المقام فان ماوجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بلا ريب فالحق فى تحرير المقام أن يقال وماوجب على العاقلة من الدية أو على القاتل فى ماله بان قتل الاب ابنه عمدا فهو فى ثلاث سنين (قوله ولنا أن القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه) قال صاحب العناية فى شرح قوله أن القياس يأباه أى القياس يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس يعنى لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهى لا تتناقض انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح أما أولا فلانه لو كان معنى قول المصنف أن القياس يأباه هو أنه لا يقتضيه لما أثبت دليلنا المذكور مدعانا فان ايجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفا للقياس لان عدم اقتضاء القياس اياه ليس باقتضاء لعدمه والمخالفة انما تتحقق فى الثانى دون الاول فاذا لم يكن ذلك مخالفا للقياس لم يلزم من ورود الشرع بايجاب المال فى الخطا مؤجلا أن لا يتعدى غيره لان الذى لا يتعدى مورده انما هو مايخالف القياس كما تقرر فى علم الاصول وأما ثانيا فلانه ان أراد بقوله وهى أى حجج الشرع لا تتناقض أن حجج المعمول بها لا تتناقض فسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بايجاب المال فلا محذور فى اقتضائه عدم ايجاب المال بمقابلة النفس وان أراد به أن حجج الشرع لا تتناقض مطلقا أى سواء كانت معمولا بها أو لا فممنوع كيف وقد وضعوا فى كتب الاصول بابا للمعارضة بين الادلة الشرعية والترجيح وبينوا أحكام ذلك على التفصيل والعجب من الشارح المزبور أنه رفض هنا عدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة أصلا

الدية) واضح وقوله (ولنا أن القياس يأباه) أى القياس يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس يعنى لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهى لا تتناقض والشرع ورد به أى بايجاب المال مؤجلا فى الخطا فلا يتعداه فان قيل هذا ليس فى معنى الخطا فلا يلحق به قلنا هو فى معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التاجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها

(قوله وقوله لماذ كرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء) أقول ولعل الاظهر أن يكون اشارة الى قوله لحصول المقصود (قوله وكون التاجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها) أقول يعنى لا يترتب الحكم على الحكمة

النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق بقضائه الى المال كما فى ولد المغرور فان قيمته انما تجب على المغرور بقضاء القاضى وان كان رد عينه متعذرا قبل القضاء ولكن فى الحكم جعل الواجب رد العين الا أن يحوله القاضى الى القيمة بقضائه لتحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن شيأ فاعتبر قيمته يوم القضاء لهذا وهو نظير الاجل فى حق العنين فانه لا يعتبر فيما مضى من المدة قبل الخصومة وانما يكون ابتداء التأجيل من وقت قضاء القاضى

ولو

وقوله (لان الواجب الاصلى المثل) لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا أنه اذا رفع الى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضاء (فيعتبر ابتداؤها من وقته) أى من وقت القضاء (كما فى ولد المغرور) فان قيمته انما تجب بقضاء القاضى وان كان رد عينه قبل القضاء متعذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيأ وهذا هو الموعود من قبل بقوله لان الوجوب بالقضاء

ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما فى ولد المغرور قال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) لان نصرته بهم وهى المعتبرة فى التعاقل قال (وتقسم عليهم فى ثلاث سنين لا يزاد الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها) قال رضى الله عنه كذا ذكره القدورى رحمه الله فى مختصره وهذا اشارة الى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة الا درهم أو درهم وثلث درهم وهو الاصح قال (وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل) معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات

ثم قال ذلك الشارح فان قيل هذا ليس فى معنى الخطا فلا يلحق به قلنا هو فى معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء أقول ان قيد الابتداء فى قوله وجب بالقتل ابتداء ينافى مامر منه فى أول كتاب المعاقل فانه لما قال فى الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره فى شرح قوله وجبت بنفس القتل يعنى ابتداء وقالوا يحترز به عن دية تجب بسبب الصلح أو الابوة فى القتل العمد فانها فى مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المنافاة غير خاف على ذى مسكة (قوله ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل) أقول قد مر فى كتاب الجنايات أنه اذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم وقالوا فى بيان وجهه ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لان القتل لا يتجزأ لخفاء التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحيثية فوجب القصاص على جميعهم فلقائل أن يقول هنا فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحدا خطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كما فى العمد بناء على أن القتل لا يتجزأ وقد مر فى كتاب الديات أنه قد روى أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فليتأمل فى الفرق (قوله وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤه من وقته) قال الشراح فى بيانه لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا أنه اذا رفع الى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخاطئ تحول الحق بالقضاء الى المال انتهى أقول فيه نظر لانهم ان أرادوا أن ضمان المتلفات مطلقا حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ انما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع كيف وقد قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وهو نص صريح فى كون جزاء القتل خطأ تحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله لا قتل القاتل بمقابلة ذلك نعم ان قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم كان يقتضى باطلاقه أن يكون الضمان فى النفس المتلفة بالقتل خطأ أيضا بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ

(قوله ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم) صورته اذا جنى واحد من أولاد حسين مثلا يكون موجب الجناية عليهم وان لم تتسع هذه القبيلة لذلك ضم اليها قبيلة الحسن ثم بنوهم فان لم تتسع

بقوله لان الوجوب بالقضاء على مابين وقوله (وهذا) أى قول القدورى رحمه الله لا يزاد الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها (اشارة الى أنه يجوز أن يزاد على أربعة من جميع الدية) فاذا أخذ من كل واحد منهم فى كل سنة ثلاثة أو أربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة أو اثنا عشر وليس كذلك فان محمدا رحمه الله نص على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة الا درهم أو درهم وثلث درهم وقوله (وهو الاصح) احتراز عما ذهب اليه بعض مشايخنا رحمهم الله مما فهموا من اشارة كلام القدورى ذكر فى المبسوط وقال ذلك غلط وقوله (ضم اليهم أقرب القبائل معناه نسبا) قالوا هذا الجواب انما يستقيم فى حق العرب لان العرب حفظت أنسابهم فامكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب أما فى حق العجمى فلا يستقيم لان العجم ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسبا فبعد ذلك

اختلاف المشايخ رحمهم الله فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقى فى

(قال المصنف لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء) أقول بل الواجب الاصلى الدية قال الله تعالى ودية مسلمة الى أهله فليس التحول اليها بالقضاء فان القضاء قضاء الله تعالى لا حكم الا حكمه (قال المصنف ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم) أقول أى بالقبيلة ويحتمل أن الباء للملابسة والمعنى لان نصرة القبيلة ملتبسة به (قوله مما فهموا من اشارة كلام القدورى) أقول ممن للمنشئية فى قوله مما

الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم وأما الآباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لايدخلون لان الضم لنفى الحرج حتى لايصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لايكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم اليهم أقرب الرايات يعنى أقربهم نصرة اذا حزبهم أمر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعى رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هى أحط رتبة منها ألا ترى انها لاتؤخذ من أصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية فى أرزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث) لان الرزق فى حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظران كانت أرزاقهم تخرج فى كل سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج فى كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج فى كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى فى كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم أرزاق فى كل شهر وأعطية فى كل سنة فرضت الدية فى الاعطية دون الارزاق لانه أيسر اما لان الاعطية أكثر أو لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا فى الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم

مخصصا منه بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ولما خص به من ذلك كان وجوب الدية فى القتل خطأ منصوصا عليه من قبل رب العزة ثابتا قبل القضاء بل قبل أن يخلق القاضى وان أرادوا أن ضمان المتلفات ماعدا النفس انما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لامحالة ولكن لايجدى شيأ فيما نحن فيه كما لايخفى (قوله وقيل لايدخلون لان الضم لنفى الحرج حتى لايصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لايكثرون) أقول فيه كلام وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم وأما عدم كثرة الابناء ككثرة الاخوة فممنوع كيف واخوته أبناء أبيه فاذا جاز أن يكثر أبناء أبيه فلم لايجوز أن يكثر أبناء نفسه فتأمل (قوله وان كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية فى أرزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث لان الرزق فى حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال) قال تاج الشريعة الفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للانسان فى مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى أقول تفسير العطاء بما ذكر لايلائم مسئلة مرت فيما قبل وهى قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا فى سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية فان المفهوم منها جواز أن يفرض لرجل عطاء فى كل سنة من الثلاث فتخرج له فى سنة واحدة ثلاث عطايا والظاهر من التفسير المزبور أن يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة نعم يلائم قول المصنف قبيل تلك المسئلة والعطاء يخرج فى كل سنة مرة واحدة فالذى يمكن فى التوفيق أن يحمل قول المصنف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة واحدة وكذا التفسير الذى ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الاكثر الاغلب

هاتان القبيلتان لذلك تضم اليهما قبيلة عقيل ثم بنوهم (قوله وعند الشافعى رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل) أى عند الشافعى ما يقضى به على كل واحد منهم لايكون أقل من نصف دينار أو خمسة دراهم لانها صلة واجبة شرعا فيعتبر بالزكاة وأدنى ما يجب فى الزكاة نصف دينار أو خمسة دراهم وانا أن الايجاب عليهم للتخفيف على القاتل وذا فى القليل دون الكثير وهذه صلة واجبة أمروا بادائها على وجه التبرع فلا يبلغ مقدارها مقدار الواجب من الزكاة بل ينقص من ذلك ألا ترى انها لاتجب فى أصول أموالهم وانما تجب فيما هو صلة وهو العطاء تحقيقا للتخفيف (قوله وان كان يخرج فى كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر) أى حصته السدس

مال الجانى وقوله (فيسوى بين الكل) يعنى الآباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المواساة وقوله (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق) قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة والباقى ظاهر

(قوله قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة) أقول فيه بحث لانه لايلائم قوله وان كان لهم أرزاق فتامل (قال المصنف ثم ينظران كانت أرزاقهم تخرج فى كل سنة) أقول فى المغرب الرزق ما يخرج للجندى عن رأس كل شهر وقيل يوما بيوم والمرتزقة الذين يأخذون الرزق يوما بيوم وان لم يثبتوا فى الديوان وفى مختصر الكرخى العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء انتهى

قال (وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كاحدهم) لانه هو الفاعل فلامعنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعى لايجب على القاتل شئ من الدية اعتبارا للجزء بالكل فى النفى عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبرئ منه أولى قال الله تعالى ولاتزر وازرة وزر أخرى (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ فى الديوان عقل) لقول عمر رضى الله عنه لايعقل مع العاقلة صبى ولا امرأة ولان العقل انما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته

وقوعا ومثل هذا ليس بعزيز فى المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة ثم قال قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم أرزاق وأعطيات فرضت الدية فى أعطياتهم دون أرزاقهم فعلم بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة أيضا انتهى أقول ان صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء فى الموضعين من المغرب أحدهما موضع بيان الرزق والثانى موضع بيان العطاء فقال فى الاول الرزق ما يخرج للجندى عند رأس كل شهر وقيل يوما بيوم ثم قال وفى مختصر الكرخى العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء وقال فى الثانى العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية وأعطيات وقوله لايجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندى من بيت المال فى السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثم قال وفى شرح القدورى فى العاقلة الدية فى أعطياتهم ثلاث سنين فان لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية فى أرزاقهم وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لايرد على ما ذكره فى الموضع الاول قط وكذا لايرد على ما ذكره فى الموضع الثانى أولا بقوله ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندى من بيت المال فى السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر وانما يرد على ما نقله من شرح القدورى بقوله وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وهو ليس بمرضى عند صاحب المغرب فنسبة ذلك القول الى صاحب المغرب نفسه وايراد النظر عليه ليس كما ينبغى والعجب ههنا من صاحب العناية أنه خص بالذكر من بين ما ذكر وافى الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذى رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيأ يدفعه مع ظهور أن المسئلة الآتية فى الكتاب بقوله وان كانت لهم أرزاق فى كل شهر وأعطية فى كل سنة فرضت الدية فى الاعطية دون الارزاق يابى ذلك القول جدا (قوله وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كأحدهم) قال صاحب النهاية اعلم أن القاتل انما يكون كاحد العواقل فى أداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من أهل العطاء فى الديوان وأما اذا لم يكن هو من أهل العطاء فلايجب عليه شئ من الدية عندنا أيضا لان الدية تؤخذ من الاعطيات وقال وهو هكذا منصوص فى المبسوط واقتفى أثره فى تقييد هذه المسئلة بالوجه المزبور أكثر الشراح منهم صاحب العناية أقول هذا مشكل عندى اذ قد مر فى الكتاب أن من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهى المعتبرة فى التعاقل ولاشك أن قبيلة من لايكون من أهل العطاء فى الديوان قد لاتكون هى أيضا من أهل العطاء فى الديوان وقد مر أيضا أنهم قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله وعلى مقتضى ما ذكر فى النهاية من قوله لان الدية تؤخذ من الاعطيات فى تعليل قوله وأما اذا لم يكن من أهل العطاء فلايجب عليه شئ من الدية عندنا أيضا يلزم أن لاتجب الدية على العاقلة أيضا فيما اذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من أهل العطاء لعدم امكان الاخذ من الاعطيات هناك لافى حق القاتل ولافى حق

(قوله وادخل القاتل فى العاقلة) أى اذا كان من أهل العطاء فى الديوان أما اذا لم يكن من أهل العطاء فلايجب عليه شئ من الدية عندنا أيضا

وقوله (وأدخل القاتل مع العاقلة) يعنى اذا كان القاتل من أهل الديوان أما اذا لم يكن فلاشئ عليه من الدية عندنا أيضا كما لاتجب عند الشافعى رحمه الله قال (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ فى الديوان عقل) كلامه واضح

(قال المصنف قال الله تعالى ولاتزر وازرة وزر أخرى) أقول قال القاضى فى تفسيره أى ولاتحمل نفس آثمة اثم نفس أخرى وقال القاضى فى تفسير سورة الانعام جواب عن قولهم اتبعوا سبيلنا ولنحمل خطاياكم انتهى فعلى هذا لايتجه التمسك بها فى هذا المقام لاثبات الملازمة وأما المصنف لم يحمل على هذا المعنى بل قال أى لاتحمل نفس حاملة حمل نفس أخرى فاستدل بها فيلزم النسخ أو التخصيص

وقوله (وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لاشئ عليهما من الدية) قيل انه يناقض قوله فى المسئلة التى ذكرها قبيل المعاقل فيما اذا وجد القتيل فى دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هنالك فى تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهنالك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شئ من الدية وهى قاتلة حقيقة فلأن لا يجب عليها شئ منها وهى قاتلة تقديرا أولى لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول فى العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب ينبنى على ايجاب القسامة عليها وفى ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبى الى أن

قال ولا امرأة وعبد وقال ههنا ولو وجد قتيل فى قرية لامرأة فعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض البتة فالجواب أن ذلك مذكور فى سياق قوله وان قوله وان لم تكمل أهل المحلة خمسين كررت الايمان ومعناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبى والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها وأما ههنا فالقتيل وجد فى قريتها فيجب عليها نفيا للتهمة القتل فانها تتحقق منها ويتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على جماعة تعلل بالنصرة فمن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبى والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة والله أعلم قوله (والفرض لهما من العطاء) جواب عما يقال فرض الامام لنساء الغزاة وذراريهم من

والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ماهو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لاشئ عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبى عليه السلام ورضى الله عنهن (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به أنه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب فى السكنى فاهل مصره أقرب اليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم) لانهم أتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب فى النصرة (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة) لانه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل (ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له فى الديوان عطاء

عاقلته واللازم باطل لا محالة فان وجوب الدية على العاقلة فى القتل الخطا وشبه العمد مجمع عليه فاذا وجب عليهم الدية البتة ينبغى أن يجب على القاتل أيضا شئ منها وان لم يكن من أهل العطاء للعلة التى ذكرت فى الكتاب وهى أن القاتل هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره فتدبر (قوله وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لاشئ عليهما) قال صاحب النهاية ان قوله هنا لا يجب على المرأة شئ من الدية وان كانت هى القاتلة يخالف المسئلة التى ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما اذا وجد القتيل فى دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هنالك فى تحمل الدية مع العاقلة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهنالك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شئ من الدية وهى قاتلة حقيقة فلأن لا يجب عليها شئ منها وهى قاتلة تقديرا أولى لانا نقول

(قوله وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لاشئ عليهما من الدية) هذا يخالف ماذكر قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين ان المرأة تدخل فى التحمل مع العاقلة الا أن ذلك ليس بأصل الرواية وانما هو اختيار بعض المتأخرين وماذكرهها هو اختيار الطحاوى وهو الاصح وهو أصل رواية محمد رحمه الله (قوله والفرض لهما من العطاء للمعونة) هذا جواب اشكال وهو أن يقال العطاء انما يدفع لنصرة أهل الاسلام كما فى حق الغزاة ثم الغزاة تكون عواقل لغيرهم فكذا النساء فاجاب أن العطاء انما يدفع للتناصر والفرض للصبيان فى الديوان باعتبار المعونة لا باعتبار النصرة أى باعتبار معونة الامام للصبى والمرأة (قوله وغيره) وهو العدو الحلف

(قوله وهى قاتلة حقيقة) أقول الواو حالية (قوله أو بالدخول فى العاقلة عندنا بالاستقراء) أقول فيه بحث ألا يرى أنه لا يجب على تلك المرأة دية على رواية الاصل بل أدخلها المتأخرون فى تحملها مع العاقلة (قال المصنف والفرض لهما من العطايا للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبى عليه الصلاة والسلام) أقول قال الاتقانى بيانه أن بنيتهما تصلح لمعاونة الجند بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك ولا تصلح للنصرة لضعفهما فكان الغرض للمعونة لا للنصرة ويجوز أن يقال الفرض لهما من الامام على سبيل العون لهما كفرض أزواج النبى عليه الصلاة والسلام لا لوجود النصرة منهما لغيرهما فلم يدل فرض العطاء للنصرة انتهى والتشبيه فى قول المصنف كفرض أزواج النبى عليه الصلاة والسلام على الاحتمال الاول فى كون الفرض لا للنصرة لا فى كونه للمعونة كما لا يخفى ولا

وأهل البادية أقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر) ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة قيل هو صحيح لان الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم وفى الكتاب اشارة اليه حيث قال وأهل البادية أقرب اليه من أهل المصر وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة (ولو كان البدوى نازلا فى المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر) لان أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم (وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم) لانهم التزموا أحكام الاسلام فى المعاملات لاسيما فى المعانى العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود فى حقهم (وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه) كما فى حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة أن لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين فى دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه فى ماله لان أهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم

القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول فى العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية انتهى أقول فيه نظر لان استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا اما بالاستقلال أو بالدخول فى العاقلة بالاستقراء ممنوع فانه اذا وجد القتيل فى قرية امرأة فعند أبى حنيفة ومحمد يجب عليها القسامة ولا يجب عليها شئ من الدية على ماهو المنصوص عليه من محمد كما ذكر فى غاية البيان والكفاية وغيرهما والمتأخرون وان قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة فى تحمل الدية فى تلك المسئلة الا أن تعليلهم اياها بقولهم لانا أنزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة كما مر فى الكتاب قبيل كتاب المعاقل يأبى الفرق بين القاتلة حقيقة والمقدرة قاتلة بل يقتضى قياس المنزلة قاتلة على القاتلة حقيقة والا لا يتم تعليلهم المذكور لا على قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما يظهر بالتامل الصادق فالحق فى التوفيق بين المسئلتين المذكورتين فى المقامين ماذكره سائر الشراح فانه قال فى الكفاية هذا يخالف ماذكر قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل فى التحمل مع العاقلة الا أن ذلك ليس بأصل الرواية وانما هو اختيار بعض المتأخرين وماذكرهها هو اختيار الطحاوى وهو الاصح وهو أصل رواية محمد انتهى وقال فى معراج الدراية هذه المسئلة تخالف ما مر

(قوله وأهل البادية أقرب) أى نسبا (قوله وقيل هو الصحيح) أى قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة (قوله وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم) أى ذا قرابة لهم (قوله وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة) أى صار كصغيرة لها وليان أحدهما أقرب وهو غائب غيبة منقطعة فان ولاية الانكاح الى الابعد الحاضر لانه أقدر على اقامة مصالحها وهنا أهل المصر أقرب مكانا فكانوا أقدر على النصرة من أهل البادية وان كانوا أقرب نسبا (قوله لاسيما فى المعانى العاصمة عن الاضرار) كحد السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية (قوله كما فى حق المسلم) أى تجب الدية فى مال المسلم اذا لم يكن له عاقلة وهذه رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وفى ظاهر الرواية يجب فى بيت المال وفى المبسوط فرق بين المسلم والذمى فان الجانى اذا كان مسلما ولا عاقلة له فعقله فى بيت المال فى ظاهر الرواية ولا يجب فى مال الجانى والفرق أن العقل انما يجب على غير الجانى باعتبار النصرة ومتى لم يكن للمسلم ديوان ولا قرابة بان كان لقيطا فجماعة المسلمين أهل نصرته فامكننا ايجاب عقله فى بيت مال المسلمين باعتبار النصرة بخلاف الذمى فان جماعة المسلمين ليس من أهل نصرته فالولاية بيننا وبينهم منقطعة فتعذر ايجاب العقل فى بيت المال باعتبار النصرة فوجب فى ماله (قوله وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم) أى تمكين الذمى من هذا القتل ليس بنصرة أهل الاسلام اياه (قوله

العطاء والعطاء انما يدفع بنصرة أهل الاسلام كما فى حق الغزاة ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا النساء ووجهه ماقاله ان الدفع اليهن باعتبار المعونة أى معونة الامام لهما لا باعتبار نصرتهما غيرهما وقوله (وأهل البادية أقرب اليه) يعنى نسبا وقوله (قيل هو صحيح) الضمير راجع الى قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة وقوله (من أهل المصر) بيان لقوله أهل الديوان أى أهل الديوان الذين هم من أهل المصر وقوله (وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة) يعنى أن للولى الابعد أن يزوج اذا كان الاقرب غائبا وقوله (لاسيما فى المعانى العاصمة) كحد القذف والسرقة والقصاص ووجوب الدية وقوله (فالدية فى ماله فى ثلاث سنين) أى لا على بيت المال لان النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمى والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا بخلاف المسلم فان ديته على بيت المال اذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجىء وقوله (وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم) أى ليس بسبب نصرة أهل الاسلام اياه

ولامسلم عن كافر) لعـدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهـم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هـذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة أما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبـغي أن لا يتعاقلون بعضـهم عن بعض وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من أهـل البصرة وقال زفر

قبيل كتاب المعاقل أنه لو وجد قتيل في دار امرأة أن المرأة تشارك العاقلة عند المتأخرين الا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور انتهى وقال في غاية البيان فان قلت قد مر قبيل كتاب المعاقل أن القتيل اذا وجد في قرية امرأة تجب القسامة عليها والدية على عاقلتها عنـد أبي حنيفة ومحمد وذهب المشايخ المتأخرون الى أنها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا قلت ثمة أيضا لا تشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمـد وانما استحسن المتأخرون في تلك المسئلة خاصة انتهى ثم قال صاحب العناية فان قلت هذا الجواب يبتني على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى أن قال ولا امرأة ولا عبد وقال ههنا لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض البتـة فالجواب أن ذلك مـذكور في سياق قوله وان لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت الايمان فمعناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبي والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها وأما هنا فالقتيل وجد في قريتها فتجب عليها نفيا للتهمة القتـل فانها تحقق منها وتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة فمن كان أهلا لها يدخـل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليـه ومن لا فلا فتدخل المرأة الى هنا كلامه أقول فيه أيضا نظر أما أولا فلان كون ذلك مذكورا في سياق قوله وان لم يكمل أهل المحـلة خمسين كررت الايمان ممنوع بل ذلك مسئلة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال اذ لو كان معناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبي والمجنون والمرأة والعبـد لا نفي صلاحيتهم للقسامة مطلقا أي سواء كانوا منضمين الى الغـير لتكميل الخمسين أو كانوا منفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في أمر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين الى الغير متروكا بالكلية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتبرة اذ الغرض أن عـدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام الى الغير لتكميل الخمسين لا يستلزم عدم الصلاحية لها حال الانفراد اذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامـين في حق المرأة كما ترى وأما ثانيا فلان ما ذكره من أن القسامة اذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة واذا وجبت على الواحد تعلل بتهمة القتل من عندياته لا يساعده العقل ولا النقل أما عدم مساعدة العقل فلان كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحـدة من صورتي وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد فتعليل احداهما بالاول والاخرى بالثاني دون العكس أو الجمع تحكم بحت وأما عـدم مساعدة النقل فلانهم كانوا يعللون وجوب القسامة والدية مطلقا بكل واحدة من العلتين المذكورتين كما لا يخفى على من براجع المعتـبرات وقد مرت الاشارة الى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتـذكر (قوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب انتهى أقول يأبى هذا الجواب قول المصنف هناك فلا عاقلة بعد قوله انهم لا يتعاقلون فيما بينهم لان النكرة المنفية تفيـد العموم على ما عرف فالاولى في الجواب أن يقال المراد هنـاك نفي الوقوع أي لم يقع التعاقل فيما بينهم والمراد هنا بيان الجواز أي لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف مللهم تبصر (قوله ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي على عاقلته من أهل البصرة)

لان الكفر كله ملة واحـدة) أي في أنه اعراض عن الحق واتباع الرسول وهـذا اذا كان من ديانتهم أن العاقلة يتحملون عن القاتل أما اذا لم يدينوا بذلك يكون في مال القـاتل (قوله فحول ديوانه) أي بعد القتل

وقوله (لعدم التناصر) لان التعاقل يبتني على الموالاة وذلك ينعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض وقوله (والكفار يتعاقلون فيما بينهم) ظاهر الالفاظ

قال المصنف (والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم) أقول مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على

يقضي على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا أن المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنـه من يكون عاقلته عنـد القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعـد ذلك لكن حصـة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهـم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهـم فكان فيـه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هـذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على أهـل البصرة ولو كان قضى بها على أهـل الكوفة لم ينتقل عنهـم وكذا البدوي اذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضي بالدية على أهـل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية قضي بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سـنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم وان كان قضي بها أول مرة في أموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهـم غير أن الدية تقضى من أيسر الاموال أداء والاداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل

أقول لقائل أن يقول قد مر في أوائل كتاب المعاقل أن العاقلة انما خصوا بالضم الى القاتل في أداء الدية لان القاتل انما قصر لقوة فيه وتلك القوة بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبتـه فخصوا به ولا ريب أن مقتضى ذلك أن يكون القضاء بالدية في هذه المسئلة على عاقلة القاتل من أهل الكوفة كما ذهب اليه زفر لان الجناية انما صدرت عنه حال كون عاقلته أهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدورها عنه انما كانت بانصاره الذين هـم أهل الكوفة والتقصـير في مراقبته وقتئذ انما وقع منهم اذ لا شك أن عهدة المراقبـة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على أهل البصرة فكان ينبغي أن يقضى بالدية عليهـم لا على أهل البصرة ويمكن الجواب بان ما ذكر هناك حكمة أن خصت العاقلة بالضم الى القاتل في تحمل الدية لا علتـه وقـد تقرر عندهـم أن الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد كما في الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم تمشية ما ذكر هناك في مسئلتنا هـذه فان ملاك الامر في تمام جواب المسئلة هو الدليـل وقد ذكره المصنف بقوله ولنا أن المال انما يجب عنـد القضاء الخ ولا محالة أنه يقتضي أن يقضي بالدية على أهـل البصرة لا على أهـل الكوفـة لان وجوب الدية لما كان عنـد القضاء لا قبـله وكان ديوان القاتل متحولا الى البصرة قبـل القضاء لم يبق مجال أن يقضي بالدية على أهـل البصرة فانهـم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها القضاء فلا بد أن يقضي بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقا للتخفيف عن القاتل المعـذور كما تقرر فيما مر (قوله بخـلاف ما اذا قلت العاقلة بعـد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب الخ) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضي قضى بديته على عاقلتـه من أهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقـلة بموت بعضـهم حيث يضم اليهـم أقرب القبائل في النسب وان كان بعـد القضاء مع أن فيـه أيضا نقل الدية من

(قوله وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة) أي في هذه الحالة (قوله وكذا الوجوب على القاتل) النكتة الاولى انما هي من حيث النظر الى الواجب والثانية باعتبار النظر الى محل الوجوب والحاصل أن النظر الى الوجوب أو الى محل الوجوب يقتضي أن يكون المتحمل عنهم هـم العاقلة الثانية (قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة) بان مات بعضهم يتعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء أي لا يقضي بالدية على عاقلته من أهـل البصرة اذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب

نذكرها وقوله (وعاقلته أهل الكوفة) الواو للحال وقوله (لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة) يعني وان كان بعد القضاء وقوله (بخلاف ما اذا قلت العاقلة) متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضي قضى بديتـه على عاقلتـه من أهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضـهم حيث يضم اليهـم أقرب القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع أن فيـه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل وقـد ذكر الفرق بينهـما بقوله لان في النقـل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيـه تقرير الحكم الاول لا ابطاله

الغالب (قال المصنف فاذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء) أقول فيه أن تحمل العاقلة لتقصيرهم في تركهم مراقبته على ما مر غير مرة وهـذا التقصير انما وقع من أهل الكوفـة فينبغي أن تجب عليهم

العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تحول الى الدراهم أبدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه أيسر قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لان النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) لانه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقد مر فى كتاب الولاء قال (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا) والاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرش الموضحة وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف

الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان فى النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفى الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول لا ابطاله انتهى أقول مقدمتهم القائلة مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل مع كونها مستدركة فى بيان معنى المقام غير صحيحة فى نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد الى أحد قط بل انما فيه تكثير المتحملين لما قضى به عليهم ولا شك أن التكثير يغاير النقل بل ينافيه وعن هذا قال المصنف فى الفرق بين الصورتين ان فى النقل ابطال حكم الاول وفى الضم تقرير حكم الاول لا ابطاله ولو كانت المقدمة الكاذبة معتبرة فى معنى المقام لقال المصنف فى الفرق بين الصورتين المذكورتين ان أمر النقل فى صورة القلة كذا وفى صورة التحول بعد القضاء كذا تأمل تقف (قوله قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف عشر الدية فصاعدا) قال فى النهاية والدليل على أنها لا تتحمل مادون نصف العشر أن القصاص لا يجب فى عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الاموال كذا فى شرح الاقطع انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول يرد عليه أن لكل مفصل من أصبع فيها ثلاثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مر فى كتاب الديات حيث قال وفى كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية ثم قال وفى كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل ففى أحدها ثلث دية الاصبع فكان لكل مفصل من أصبع فيها ثلاثة مفاصل أرش مقدر هو أقل من نصف عشر الدية ويجب القصاص فى عمده لا محالة لامكان رعاية المماثلة التى هى مبنى القصاص كما تقرر فى باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنايات فانتقض به كل واحد من قوله ان القصاص لا يجب فى عمده ومن قوله ولا يتقدر أرشه كما ترى نعم قد تدارك صاحب الغاية اصلاح المقدمة الثانية أعنى قوله ولا يتقدر أرشه حيث قال ويدل عليه من جهة النظر أن مادون الموضحة ليس له أرش مقدر فى نفسه فأشبه ضمان الاموال ثم قال فان قيل أرش الانملة مقدر وهو ثلث دية الاصبع فينبغى أن تتحمله العاقلة قيل له ليس أرشها مقدرا بنفسها بل هو مقدر بغيرها وهو الاصبع ونحن انما شبهنا مادون الموضحة بالاموال من حيث انه لم يكن له أرش مقدر بنفسه انتهى لكن بقيت المقدمة الاولى وهى قوله ان القصاص لا يجب فى عمده مجروحة تدبر (قوله والاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرش الموضحة) قال أبو عبيد اختلفوا فى تأويل قوله عليه السلام

وان كان بعد القضاء مع أنه نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل فاجاب عنه بقوله ان فى ضم أقرب القبائل اليهم تقريرا للحكم الاول لا ابطالا له (قوله لكن يقضى ذلك) أى الابل من مال العطاء بان يشترى الابل من مال العطاء (قوله ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية) فيه اشكال وهو أن من قتل عبدا غير مخطا وقيمته أقل من أرش الموضحة فان العاقلة تتحمل الا أن الجواب عنه أن المراد منه فيما دون النفس فاما فى النفس فالنص ورد بوجوب الدية على العاقلة وهذا دية لان القيمة فى العبد قائمة مقام الدية فى الحر (قوله لا تعقل العاقلة عمدا) صورته اذا كان القاتل أب المقتول (قوله ولا عبدا) قال أبو حنيفة

كلامه واضح وقوله (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية) لان القصاص لا يجب فى عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الاموال قيل هذا اذا كانت الجناية فيما دون النفس فاما بدل النفس فتتحمله العاقلة وان كان أقل من نصف العشر ألا ترى ان القبيلة اذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم وان كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لانها بدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة وخمسون درهما فانه تتحمله العاقلة لان تحمل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر التحمل فيما دون النفس مقدارا لم يوجد فى التحمل لا النص ولا علته فيجب فى ماله وقوله (ولا عبدا) قال

قال المصنف ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) أقول لابد على قول من يقول لا يدخل الآباء والابناء فى العاقلة لانهم لا يكثرون من الفرق بين المولى وبينهم ولعل التزامه لاداء الدية فى العقد هو الفارق ولاجل ذلك لم يعقل فى المعتق مولاه وقبيلته اذ لا التزام بالعقد فيه تأمل (قوله وقوله ولا عبدا قال أبو عبيد اختلفوا فى تأويل قوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال لى محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد حرا الخ) أقول قال الاتقانى واحتج محمد فى ذلك بشئ رواه عن ابن عباس قال محمد حدثنى عبد الرحمن بن أبى الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن

أبو عبيد اختلفوا فى تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال لى محمد بن الحسن رحمه الله انما معناه أن يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شئ من جناية عبده انما جنايته فى رقبته أن يدفعه الى المجنى عليه أو يفديه ثم قال وهذا قول أبى حنيفة وقال ابن أبى ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنيا عليه بقتله حر أو يجرحه يقول فليس على عاقلة الجانى شئ انما ثمنه فى ماله خاصة قال أبو عبيد فذاكرت الاصمعى فى ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبى ليلى لجريه على كلام العرب ولا يرى قول أبى حنيفة

فى القليل وانما هو فى الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال (وما نقص من ذلك يكون فى مال الجانى) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعى أو التسوية فى أن لا يجب على العاقلة شئ الا أنا تركناه بما رويناه وبما روى أنه عليه السلام أوجب أرش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر فى الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان فى مال الجانى أخذا بالقياس قال (ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح أو باعتراف الجانى) لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال (الا أن يصدقوه) لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم (ومن أقر بقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضى الا بعد سنين قضى عليه بالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى) لان التأجيل من وقت القضاء فى الثابت بالبينة ففى الثابت بالاقرار أولى (ولو تصادق القاتل وولى الجناية على أن قاضى بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شئ على العاقلة) لان تصادقهما ليس بحجة عليهم (ولم يكن عليه شئ فى ماله) لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة

لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شئ من جناية عبده انما جنايته فى رقبته أن يدفعه الى المجنى عليه أو يفديه ثم قال وهذا قول أبى حنيفة وقال ابن أبى ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنيا عليه بقتله حر أو يجرحه فليس على عاقلة الجانى شئ انما ثمنه فى ماله خاصة قال أبو عبيد فذاكرت الاصمعى فى ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبى ليلى على كلام العرب ولا يرى قول أبى حنيفة جائزا يذهب الى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعى أن فى كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا أعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعى كلمت أبا يوسف القاضى فى ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بان عقلته يستعمل فى معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف كذا فى العناية أقول الجواب محل الكلام اذ للخصم أن يمنع كون معناه ما ذكر ويقول بل معناه لا تعقل العاقلة من قتل عمدا بصيغة المجهول ومن صولح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول أيضا فيؤول المعنى فى الكل الى معنى عقلت القتيل لا الى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب الزاما (قوله لان التأجيل من وقت القضاء فى الثابت بالبينة ففى الثابت بالاقرار أولى) قال صاحب العناية يريد أن الثابت بالبينة أقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفى القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضى فهذا أولى انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال ليس كلام المصنف فى الدية بل فى التأجيل كما لا يخفى وقال ولعل الاولى أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبينة يلزم الدية على العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف ففى الثابت بالاقرار أولى يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتأمل انتهى أقول ليس ما قاله

رحمه الله هو أن يجنى العبد على الحر وقال ابن أبى ليلى هو أن يجنى الحر على العبد وصوبه الاصمعى قال لو كان المعنى على ما قال أبو حنيفة رحمه الله لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل العاقلة عبدا فعلى

جائزا يذهب الى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعى ان فى كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا أعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعى كلمت أبا يوسف القاضى فى ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بان عقلته يستعمل فى معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف وعلى هذا فقوله بعد هذا (ولا تعقل العاقلة جناية العبد) اضافة المصدر الى فاعله وأما اذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة وقوله (والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) الا أن فى الاقرار تجب الدية فى ثلاث سنين وفى الصلح عن العمد يجب المال حالا الا اذا شرط الاجل فى الصلح فيكون مؤجلا وقوله (ففى الثابت بالاقرار أولى)

عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك قال محمد أفلا ترى أنه قد جعل الجناية جناية المملوك (قوله وأجيب بان عقلته يستعمل الخ) أقول فيه بحث اذ يجوز أن يكون المعنى لا تعقل العاقلة من قتل عمدا ولا من صولح عن دمه ولا من اعترف بقتله فان الخصم يذهب الى أن المعنى ذلك

بالقضاء وتصادقهما حجة فى حقهما بخلاف الاول (الا أن يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته) لانه فى حق حصته مقر على نفسه وفى حق العاقلة مقر عليهم قال (واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على

بسديد اذ ليس كلام المصنف هنا أصالة فى الدية ولا فى التأجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التأجيل فى القتل الخطأ اذ قد علم فى كتاب الجنايات وفى كتاب الديات وفيما مر غير مرة فى كتاب المعاقل وانما الكلام ههنا أصالة فى كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار ولهذا قصر المصنف البيان عليه فى تعليل هذه المسئلة وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الاولى أن يقال الخ انما يفيد كون الدية مؤجلة الى ثلاث سنين فى هذه المسئلة لا كون التأجيل فيهما من وقت القضاء دون وقت الاقرار والمقصود بالبيان ههنا هو الثانى دون الاول وأما ما ذكره صاحب العناية فيفيد الثانى لانه قال وفى القتل معاينة انما تجب الدية بقضاء القاضى فهذا أولى وهذا يثبت كون التاجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضى فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضى وتاجيل للدية فرع وجوبها بالاحالة انما يتصور التاجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال فى المبسوط كما نقل عنه فى النهاية والتاجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار بالقتل لا يكون أقوى من الثابت بالمعاينة وفى القتل المعاين الدية انما تجب بقضاء القاضى فهنا أولى انتهى (قوله ومادون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف) أقول فيه كلام وهو أنه ان كان مراد المصنف بقوله على ما عرف ما ذكره فى باب القصاص فيما دون النفس فى تعليل أن لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين عندنا بقوله ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة كما صرح به صاحب الغاية حيث قال هنا لنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا لا يجرى القصاص فى العمد بين طرف الحر والعبد فلا تتحمله العاقلة كأطراف البهيمة وقد مر ذلك فى باب القصاص فيما دون النفس وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى ينتقض حينئذ ما ذكره فى تعليل مسئلتنا هذه بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ما دون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور هنا يجرى هناك أيضا مع تخلف الحكم عنه وان كان مراده به ما ذكره فى فصل بعد باب جناية المملوك من أن المعتبر فيما دون النفس من العبد هى المالية دون الآدمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر فى اتلافها هى الآدمية دون المالية عندنا جاز أن لا ينتقض ما ذكره هنا بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ما دون نصف عشر الدية اذ لم يصرح أحد بسقوط اعتبار الآدمية فى أطراف الحر بالكلية اما أنه لا يتم الدليل المذكور هنا حينئذ على أصل أبى حنيفة فانه يعتبر المالية والآدمية معا فى أطراف العبد وانما يتم هذا على أصل أبى يوسف ومحمد فانهما لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية وقد مر ذلك كله فى الفصل المزبور فى بيان مسئلة من فقأ عينى عبد انسان والمسئلة التى نحن فيها متفق عليها بين أئمتنا

ما صوبه الاصمعى المراد أن تكون الجناية على عبد فيما دون النفس (قوله بخلاف الاول) أراد به قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار فى مال المقر وانما وجبت الدية هناك فى مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب فى مال المقر ضرورة وفى المبسوط فى قوله ولم يكن عليه شئ أى على المقر شئ فى ماله لانهما تصادقا أن الواجب بقضاء القاضى تقرر على العاقلة وبعدما تقرر على العاقلة لا يبقى عليه وتصادقهما حجة فى حقهما بخلاف الاول فهناك السبب الموجب للدية على العاقلة هو قضاء القاضى ولم يوجد أصلا فيقضى بها فى مال المقر (قوله الا أن يكون له عطاء معهم) فحينئذ يلزم بقدر حصته من ذلك لانه فى مقدار حصته مقر على نفسه وبهذا تبين أن القاتل انما يكون أحد العواقل عندنا اذا كان له عطاء فى الديوان فان قيل لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته

تريد أن الثابت بالبينة أولى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفى القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضى فهذا أولى وقوله (وتصادقهما حجة فى حقهما) لان أحد المتصادقين ولى القتيل ومن زعمه أن الدية انما وجبت لا على المقر فاقراره حجة على نفسه وقوله (بخلاف الاول) أراد به قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار فى مال المقر وانما وجبت الدية هناك فى مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب فى مال المقر ضرورة فان قيل لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته بقضاء القاضى فاذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدين الى ذمة المحيل أجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله دينا لدفع التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر فبعدما تقرر على العاقلة بقضاء القاضى لا يتحول اليه بحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف

(قوله وفى القتل معاينة الدية) أقول ليس كلام المصنف فى الدية بل فى التاجيل كما لا يخفى ولعل الاولى أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبينة تلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف ففى الثابت بالاقرار أولى أن يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتأمل (قوله فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار الخ) أقول الفهم منه بعيد ولعل المراد به قوله ومن أقر بقتل خطأ الى قوله قضى عليه بالدية فى ماله (قوله أجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله دينا لدفع التوى الخ) أقول قوله لدفع متعلق بقوله يستقيم

عاقلة

عاقلته قيمته) لانه بدل النفس على ما عرف من أصلنا وفى أحد قولى الشافعى تجب فى ماله لانه بدل المال عنده ولهذا أوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفى أحد قوليه العاقلة تتحمله كما فى الحر وقد مر من قبل قال أصحابنا أن القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية فى بيت المال لان جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبى حنيفة رواية شاذة أن الدية فى ماله ووجهه أن الاصل أن تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا أن العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر واذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل (وابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه) لان نسبه ثابت منها دون الاب (فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب فى ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الام على عاقلة الاب) لانه تبين أن الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون فى ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم أبيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فيتبين أن قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبى الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفى مال الآمر ان كان ثبت باقراره فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضى على الآمر أو على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضى الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذى يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب أمر حادث لم تنتقل جنايته عن الاول قضى بها أو لم يقض

فلا معنى لان يبنى دليلها على أصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاضطراب كما ترى (قوله وفى أحد قوليه تتحمله كما فى الحر وقد مر من قبل) قال صاحب الغاية أى فى أول فصل بعد باب جناية المملوك واقتفى أثره فى هذا التفسير صاحب العناية والشارح العينى ولم يتعرض لتفسير ذلك أصلا سائر الشراح أقول لو كان مراد المصنف بقوله وقد مر من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلاثة كانت حوالته ههنا غير رائجة قطعا اذ لم يذكر فى ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملها

بقضاء القاضى فاذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدين الى ذمة المحيل قلنا هذا يستقيم فيما اذا كان أصله دينا لدفع التوى عن مال المسلم وهذا صلة لم يكن دينا وانما كان بطريق الصلة لصيانة دم المقتول عن الهدر فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضى لا يتحول اليه بحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف كذا فى المبسوط (قوله قال أصحابنا أن القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية فى بيت المال) هذا اذا كان القاتل مسلما أما اذا كان ذميا ولا عاقلة له فالدية فى ماله لا فى بيت المال (قوله فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال) وفى فتاوى قاضيخان روى محمد رحمه الله عن أبى يوسف رحمه الله أن من لا عاقلة له اذا قتل رجلا خطأ فان دية القتيل تكون فى مال الجانى وذكر فى كتاب الولاء من الاصل أن بيت المال لا يعقل من له وارث معروف سواء كان مستحقا للميراث بان كان حرا مسلما أو لم يكن مستحقا بان كان كافرا أو عبدا فقال لو كان حربيا مستأمنا اشترى عبدا مسلما فى دار الاسلام فاعتقه ثم عاد المستأمن الى دار الحرب ثم أسر وأخرج الى دار الاسلام ثم مات معتقه فميراثه يكون لبيت المال لان معتقه رقيق فى الحال ولو جنى هذا المعتق فعقل جنايته يكون عليه ولا يكون على بيت المال لان له وارثا معروفا وهو المعتق وان كان المعتق لا يستحق ميراثه لاجل الرق وهو الصحيح (قوله لانهم مضطرون فى ذلك) حيث تحملوا بالزام القاضى وهذا نفى لجهة التبرع (قوله والاصل الذى يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء) قوله فانتقل بيان التبدل وصورته اذا تزوج عبد

وقوله (وقد مر من قبل) أى فى أول فصل بعد باب جناية المملوك وقوله (قال أصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية فى بيت المال) يعنى اذا كان القاتل مسلما بدليل قوله لان جماعة المسلمين هم أهل النصرة والنصرة بالولاية وهى منقطعة بيننا وبينهم والباقى ظاهر وقوله (ثم أديت الكتابة) أى فانه حينئذ يرجع قوم الام على الاب وقوله (والاصل الذى يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى قضى بها القاضى أو لم يقض) كالمولود بين عبد وحرة اذا جنى ثم أعتق العبد لا تتحول الجناية عن عاقلة

الام لان ههنا تبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن موالى الام الى موالى الاب وكالغلام اذا حفر بئرا قبل أن يعتق أبوه ثم سقط فى البئر رجل بعد
ما أعتق أبوه فان القاضى يقضى بالدية على عاقلة الام ولا يجعل على عاقلة الاب من ذلك شيأ لان الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك
الحافر لو وجد فى ملك ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فان الجناية لا تحول الى الملك الحادث بل تبقى فى الملك

الذى وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بئرا فى طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقبل أن يقع فيه انسان باعه ثم وقع فى ملك المشترى انسان فمات فالضمان على البائع لا على المشترى لان ملك المشترى حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا تتحول الجناية وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها أو لم يقع وقد ذكر صورته فى الكتاب وكما اذا مات المكاتب عن ولد حر ووفاء فلم يؤدوا مكاتبته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاة لبنى تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنايته قوم أمه ثم أديت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بما أدوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند أداء البدل يستند الى حال حياته فتبين أنه كان للولد ولاء من جانب الاب حين جنى وان موجب جنايته على موالى أبيه فلذلك يرجعون على موالى الاب ولو لم يختلف حال الجانى ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار فى ذلك لوقت القضاء كما ذكر فى الكتاب فى صورة
تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا فى حكم هذا
الجناية قبل القضاء و بعده كما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم و بعد أخذ البعض منهم ضم اليهم أقرب القبائل نسبا وقد تقدم وقوله (الا فيما
سبق أداؤه) استثناء من قوله اشتركوا يعنى لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل اليهم *(كتاب الوصايا)*

وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ولو لم يختلف حال الجانى ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار فى ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضى بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء و بعده الا فيما سبق أداؤه فن أحكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد

(كتاب الوصايا)

دية النفس لا عند الشافعى ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها

(كتاب الوصايا)

قال الشراح ايراد كتاب الوصايا فى آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر أحوال الآدمى فى الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت أقول يرد عليه أن كتاب الوصايا ليس بوارد فى آخر هذا الكتاب وانما المورد فى آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم أن كثيرا من أصحاب التصانيف أوردوه فى آخر كتبهم لكن الكلام فى شرح هذا الكتاب و يمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر فى قولهم فى آخر الكتاب على الاضافى فان آخره الحقيقى وان كان كتاب الخنثى الا أن كتاب الوصايا أيضا آخره بالاضافة الى ما قبله حيث كان فى قرب آخره الحقيقى وعن

بعتقه قوم فولدت منه أولادا يكون ولاء الاولاد لموالى الام فاذا جنى الولد فالجناية على عاقلة الام فاذا تحملوا عنه ثم عتق الاب جر ولاء الولد الى نفسه بسبب حادث وهو العتق فلا ينتقل جنايته (قوله وان ظهرت حالة خفية) مثل دعوة ولد الملاعنة يعنى اذا قتل ابن الملاعنة رجلا خطأ فعقلت منه عاقلة الام ثم ادعاه الاب يثبت منه نسبه ورجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب فى ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين أن الدية واجبة عليهم لانه عند اكذاب الاب نفسه يظهر أن النسب لم يزل كان ثابتا من الاب لان النسب يثبت منه من وقت العلوق لا من وقت الدعوة فتبين به أن عقل جنايته كان على عاقلة أبيه وأن قوم الام تحملوا عن قوم الاب مضطرين فى ذلك بالزام القاضى فيرجعون عليهم فصار حالهم مع عاقلة الاب كحال ولى الجناية وقد مر أن التاجيل ثمة من وقت القضاء لا من وقت الجناية فكذا ههنا وانما يرجعون فى ثلاث سنين لانهم أدوا هكذا (قوله ولو لم يختلف حال الجانى) ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار فى ذلك لوقت القضاء نظيره ما اذا كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء ولم يقض بالدية على عاقلته حتى حول ديوانه الى البصرة فانه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة وعلى قول زفر رحمه الله يقضى على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله أيضا (قوله وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء وبعده) نظير الزيادة ما حول ديوانه الى العاقلة بعد القضاء عليه يشاركهم المضموم اليهم فيما يؤدون بعد التحويل ونظير النقصان ما اذا قلت العاقلة حتى يصيب الرجل فى عطائه ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم وقد كان يصيبه قبل النقصان أقل من ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم وان قلت العاقلة حتى يصيب الرجل أكثر من ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ضم اليهم أقرب القبائل فى النسب حتى يصيبه فى عطائه ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم وهذا لان فى ايجاب الزيادة عليهم اجحافا بهم ولانه متى حزبهم ولا يتمكنون من دفع ذلك عنهم بانفسهم فانما يستعينون باقرب القبائل اليهم فكانوا فى بعض الاحوال يستنصرون بهم عند الحاجة فلذلك يضمون اليهم فى تحمل العقل عند الحاجة والله أعلم

(كتاب الوصايا)

هذا ترى القوم يقولون وقع هذا فى أوائل كذا أو أواخره فان صيغة الجمع لا تتمشى فى الاول الحقيقى والآخر الحقيقى وانما المخلص من ذلك تعميم الاول والآخر للحقيقى والاضافى و يمكن أن يقال أيضا لما كان ما ذكر فى كتاب الخنثى نادرا من حيث الوقوع ومن حيث المسائل أيضا جعلوه فى حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان الوصية فى اللغة اسم بمعنى المصدر الذى هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمى الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها وفى الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك فى الاعيان أو فى المنافع كذا فى عامة الشروح قال بعض المتأخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء فى اللغة طلب فعل من غيره ليفعله فى غيبته حال حياته أو بعد وفاته وفى الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة هذا هو التعريف المذكور فى عامة الكتب والوصية بهذا المعنى هى المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يابى جوازها فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسئلة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد والمسائل المتعلقة بالوصى مذكورة فى كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق أن هذه الالفاظ كما أنها موضوعة فى الشرع للمعنى المذكور موضوعة فيه أيضا لطلب شئ من غيره ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده لكن يشترط استعمال لفظ الايصاء باللام فى المعنى الاول و بالى فى المعنى الثانى فحينئذ يكون ذكر المسائل المذكورة على أنها من فروع المعنى الثانى لا على سبيل التطفل الى هنا لفظه أقول ما عده تحقيقا ليس بشئ أما أولا فلان التى تكون من فروع المعنى الثانى من المسائل المذكورة انما هى المسائل المتعلقة بالوصى دون مسائل الوصية المتعلقة بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال لفظ الايصاء فيها باللام لا بالى يقال أوصى لحقوق الله تعالى أو لحقوق العباد ولا يقال أوصى اليها كما لا يخفى فبقى أمر التطفل فى حق تلك المسائل من المسائل التى ذكرها من قبل اذ لم يشملها شئ من المعنيين المذكورين قط وأما ثانيا فلان مسائل التبرعات الواقعة من الانسان فى مرض موته بطريق التنجيز مذكورة أيضا فى كتاب الوصايا ومنها باب العتق فى المرض كما سيجئ فى الكتاب ولا ريب فى عدم شمول شئ من المعنيين المذكورين شيأ من تلك المسائل فبقى أمر التطفل فى حق تلك المسائل كلها بالنظر الى ذينك المعنيين معا فن أين كان ارتكاب جمعهما فى لفظ واحد بتاويل بعيد مع عدم عموم المشترك عندنا تحقيقا بان يعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل ثم أقول الوجه فى التفصى عن أمر التطفل فى حق المسائل التى ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شريعة على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصى فى ماله بعد موته و يقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال هى ايجاب بعد الموت فانه مما يشمل تلك المسائل جملة كما لا يخفى على المتامل والوجه فى التفصى عن أمر التطفل فى حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات والمنجزات حمل معنى الوصية شريعة على ما نقله صاحب النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر فى الايضاح الوصية ما أوجبها الموصى فى ماله بعد موته أو مرضه الذى مات فيه انتهى فانه يشمل جميع ما ذكر فى كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذى مسكة ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير فى الدنيا ووصول الدرجات العالية فى العقبى وشرائطها كون الموصى أهلا للتبرع وأن لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يكن مولودا حتى اذا أوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية يصح والا فلا وانما تعرف حياته فى ذلك الوقت بان ولد قبل ستة أشهر حيا وكونه أجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا تجوز الا باجازة الورثة وأن لا يكون قاتلا وكون الموصى به شيأ قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصى سواء كان موجودا فى الحال أو معدوما وأن يكون بمقدار الثلث حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث كذا فى النهاية وفى العناية أيضا بطريق الاجمال أقول فيه قصور بل خلل أما أولا فلانه جعل من شرائطها أن لا يكون الموصى مديونا بدون التقييد بان يكون الدين مستغرقا لتركته والشرط عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به فى البدائع وغيره وأما ثانيا فلانه

ركن الوصية قوله أوصيت بكذا لفلان وشرطها كون الموصى أهلا للتمليك والموصى له أهلا للتملك

(باب فی صفة الوصية مايجوز من ذلك وما يستحب منه و مايكون رجوعا عنه) ايراد كتاب الوصايا فی آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر أحوال الآدمی فی الدنيا الموت و الوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات لما أن الجناية قد تفضی الى الموت الذی وقته وقت الوصية والوصية اسم بمعنى المصدر ثم سمى الموصى به وصية وهی فی الشريعة تمليك مضاف الى مابعد الموت بطريق التبرع وسببها سبب التبرعات وشرائطها كون الموصی أهلا للتبرع وأن لايكون مديونا وكون الموصی له حيا وقت الوصية وان لم يولد وأجنبيا عن الميراث وأن لايكون قاتلا وكون الموصی به بعد موت الموصی شيأ قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصی سواء كان موجودا فی الحال أو معدوما وأن يكون بمقدار الثلث وركنها أن يقول أوصيت بكذا لفلان وما يجری مجراه من الالفاظ المستعملة فيها وأما حكم الوصية ففی حق الموصی له أن يملك الموصی به ملكا جديدا كما فی الهبة وفی حق الموصی اقامة الموصی له فيما أوصی به مقام نفسه كالوارث وصفتها ماذكره

(كتاب الوصايا)

(باب فی صفة الوصية مايجوز من ذلك ومايستحب منه وما يكون رجوعا عنه) (قوله وسببها سبب التبرعات) أقول وهو طلب زيادة الزلفی فی العقبی كما مر فی الوقف (قوله وشرائطها كون الموصی أهلا للتبرع وأن لايكون مديونا) أقول أی دينا مستغرقا التركته (قوله وأجنبيا عن الميراث) أقول أی وقت الموت (قوله وأن لايكون قاتلا) أقول قال فی البدائع وأن لايكون حربيا غير مستأمن فان كان لاتجوز الوصية له من مسلم أوذمی

(باب فی صفة الوصايا مايجوز من ذلك ومايستحب منه ومايكون رجوعا عنه)

جعل من شرائطها كون الموصی له حيا وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا فيه ألا يری أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة أشهر حيا وتلك انما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حياته فی ذلك الوقت كما لايخفی على العارف باحوال الجنين فی الرحم و باقل مدة الحمل ومن هذا كان المذكور فی عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصی له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلا وأما ثالثا فلانه جعل من شرائطها أن يكون الموصی به مقدار الثلث لا زائدا عليه وهو ليس بسديد على اطلاقه فان الموصی اذا ترك ورثة فانما لاتصح وصيته بما زاد على الثلث ان لم تجزه الورثة وان أجازوه صحت وصيته به وأما اذا لم يترك وارثا فتصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرر فی موضعه فلابد من التقييد مرتين مرة بان يكون له وارث وأخری بان لايجيزه الوارث

(باب فی صفة الوصية مايجوز من ذلك ومايستحب منه ومايكون رجوعا عنه)

قال بعض المتأخرين فی حل هذا التركيب أی مايجوز منه ومالايجوز و مايستحب منه ومالايستحب وقال ثم ظاهر الابدال يفيد أن المراد بيان صفة الوصية بيان مايجوز منه ومايستحب منه لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد به ماذكره بقوله الوصية غير واجبة وهی مستحبة فالاولى ايراده بالواو العاطفة انتهى أقول فيه خلل فاحش أما أولا فلانه سلك مسلك التقدير فی قول المصنف مايجوز من ذلك ومايستحب منه حيث قال أی مايجوز منه ومالايجوز ومايستحب منه ومالايستحب ولايذهب عليك أن ذلك التقدير ان صح فی قوله مايجوز من ذلك لايصح فی قوله ومايستحب منه اذ ليس فی جنس الوصية مايخلو عن الجواز وعدمه لكونهما نقيضين لايرتفعان عن شئ فلم يبق من جنس الوصية شئ يغاير مايجوز منه ومالايجوز حتى يصلح ذلك لان يذكر بعدهما فان قبح كل واحد منهما بشئ يخرج منه مايستحب منه لايبقى من ذلك شئ يغاير مايجوز منه ومالايجوز ومايستحب منه حتى يندرج فيما لايستحب منه فيصح تقديره لايقال المراد بالجواز تساوی الطرفين و بعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل أصلا لامجرد رفع التساوی حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما و يجوز أن يكون المراد بمالايستحب منه ماهو الواجب منه لانا نقول نفی الاستحباب يعم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل أصلا فمن أين يدل مالايستحب منه على ماهو الواجب منه فقط حتى يجوز أن يراد به ذلك ولئن سلم جواز ارادة ذلك به يفسد معنى المقام اذ يلزم حينئذ أن يندرج فی عنوان الباب ماهو الواجب من الوصية فيخالف ماذكره فی أول الباب من أن الوصية غير واجبة وهی مستحبة وبالجملة لم يوجد لما ارتكبه محمل صحيح قط فالصواب ان لاتقدير فی شئ من كلام المصنف ههنا فان صفات الوصية الشرعية هی الجواز والاستحباب والرجوع عنها أی كونها مرجوعا عنها وهذه الصفات كلها حاصلة مماذكره فی عنوان الباب صراحة فلا حاجة الى تقدير شئ أصلا حتى عدم الجواز فانه صفة للوصية الغير الشرعية وعنوان الباب انما كان فی صفة الوصية الشرعية نعم قد يذكر فی أثناء مسائل الباب مالايجوز من الوصايا لكن لاجل ازالة أن يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية لالانه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال فی مسائل سائر الكتب وأما ثانيا فلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد ماذكره بقوله الوصية غير واجبة وهی مستحبة ليس بسديد اذ لانسلم أن الظاهر ذلك ولا نسلم أن أحدا سواه صرح به وانما الذی صرحوا به أن صفة الوصية فی الشرع ماذكره المصنف بقوله الوصية غير واجبة وهی مستحبة لا أن مراد المصنف بالصفة فی قوله باب فی صفة الوصية هو الذی ذكره بقوله

قال (الوصية غير واجبة وهی مستحبة) والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو أضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر فی عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافی بعض مافرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلی ولو أنهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالی وفی شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله فی الاجارة بيناه

الوصية غير واجبة وهی مستحبة ألا يری أنهم انماذكروا ماصرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركنها وحكمها وصفتها الاعند شرح قول المصنف باب فی صفة الوصية الخ وكم بين المقامين وأما ثالثا فلان قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة لايكاد يصح اذلو أورده المصنف بالواو العاطفة على فرض أن يكون المراد بالصفة فی قوله باب فی صفة الوصية ماذكره بقوله الوصية غير واجبة وهی مستحبة كما زعمه القائل لصار معنى الكلام باب فی صفة الوصية أی فيما يستحب منها وفيما يجوز من ذلك ومايستحب منه فيصير قوله ومايستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكرارا محضا فكأن هذا القائل نسی قول المصنف ومايستحب منه عند كتب قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة ولعمری انه عجيب من مثله (قوله الوصية غير واجبة وهی مستحبة) أقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لايناسب مامر آنفا فی عنوان الباب من قوله مايجوز من ذلك ومايستحب منه ولاماسيأتی فی الكتاب من أن الوصية بالثلث للاجنبی جائزة وبدون الثلث مستحبة ان كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقراء لايستغنون بمايرثون فترك الوصية أولى فكان الظاهر أن يقال الوصية غير واجبة بل هی مستحبة أو جائزة اللهم الا أن يوجه قوله وهی مستحبة بان المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لا أنها مستحبة على الاطلاق فكأنه قال انها لاتصل الى مرتبة الوجوب بل قصاری أمرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التی فرط فيها اذ الظاهر أنها واجبة كما صرح به الامام الزيلعی فی التبيين قال فی العناية أخذا من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لايرثون فرض ولقول من يقول

والموصى به بعد موت الموصی مالا قابلا للتمليك وحكمها أن يملكه الموصی له ملكا جديدا كما يملك بالهبة (قوله الوصية غير واجبة) انما ذكر قوله وهی مستحبة بعد قوله غير واجبة لنفی قول بعض الناس الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لايرثون فرض وعند بعضهم الوصية واجبة على كل واحد ممن له ثروة ويسار واستدلوا بظاهر قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا يكون فرضا وقال عليه السلام لايحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه ولنا أنها مشروعة لنا لا علينا وماشرع لنا يكون مندوبا وهی تبرع بعد الوفاة فيعتبر بالتبرع فی حال الحياة وما تلوه منسوخ بآية المواريث وما رووه فهو شاذ فيما تعم به البلوی والوجوب لايثبت بمثله ثم هو محمول على أنه كان فی الابتداء قبل نزول آية المواريث أو المراد ان ذلك لايليق بطريق الاحتياط أو الاخذ بمكارم الاخلاق كقوله عليه السلام لايحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره طاو الى جنبه (قوله والقياس يأبى جوازها) لما ذكر من الدليل أو لانها لو جازت فاما أن يزول عن ملك الموصی و يدخل فی ملك الموصی له قبل القبول كالارث وهو باطل لانه لاقدرة له على ازالة ملكه الى غيره الا برضاه أو يزول عن ملك الموصی ولا يصل فی ملك الموصی له مالم يقبل وفيه جعل كونه مالا كابلا مالك أو يزول عن ملك الموصی بل يبقى على حكم ملكه الى أن يقبل وهو باطل أيضا لان الميت ليس باهل للملك الا أنا استحسنا جوازها بالكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصی بها أو دين والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فی آخر أعماركم الحديث واجماع الامة ولحاجة بعض الناس (قوله ومثله فی الاجارة بيناه) وهو أن القياس يأبى جواز الاجارة لانها

بقوله (الوصية غير واجبة وهی مستحبة) فقوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لايرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفی الوجوب لجواز الاباحة قال وهی مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو أضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسناه لحاجة الناس اليها الى آخر ماذكر فی الكتاب وقوله (ومثله فی الاجارة بيناه) فی أنها عقد يأبى القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان فی المستقبل وكان جوازه بالاستحسان لحاجة الناس اليه

(قوله اذا كانوا ممن لا يرثون) أقول بسبب الكفر أو الرق

وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما فى قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين والسنة وهو قول النبى عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم تضعونها حيث شئتم أو قال حيث أحببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبى فى الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ماهو الافضل فيه ان شاء الله تعالى

الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة و يسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفى الوجوب لجواز الاباحة قال وهى مستحبة انتهى أقول فى قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض نظر لان الفرض غير الواجب عندنا اذ الفرض ما ثبت بدليل قطعى والواجب ما ثبت بدليل ظنى كما تقرر فى علم الاصول فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول انها فرض فى حق الوالدين والاقربين بل الظاهر أن الرد لقول ذلك انما يحصل بقوله وهى مستحبة ثم ان فى أسلوب تحريره سماجة ظاهرة اذ الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى كتب عليكم الخ عن مجموع القولين أن تكون الآية المذكورة دليلا عليهما بل المتبادر أن تكون دليلا على قربهما ولا يخفى أنها لا تصلح لان تكون دليلا على القول الثانى وصاحب النهاية وان شاركه فى تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين الا أنه ذكر دليلا آخر بعده من السنة حيث قال وقال عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه انتهى فجاز أن يجعل الدليل الاول دليلا على القول الاول والدليل الثانى على القول الثانى بطريق التوزيع على اللف والنشر المرتب وأما صاحب الغاية فقد قصر الذكر على دليل واحد فقصر ثم اعلم أن الجواب عن كل واحد من دليلى الخصمين مستقصى ومستوفى فى النهاية وغيرها فلا علينا أن لا نذكره ههنا (قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما فى قدر التجهيز والدين) قال صاحب العناية قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس واقتفى أثره الشارح العينى أقول فيه بحث اذ لا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت فانه قال فى وجه القياس ولو أضيف الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء أولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدى نفعا اللهم الا أن يتمحل بان يقال معنى كونه جوابا عن وجه القياس مجرد تضمنه قدح مقدمة مذكورة فيه وهى قوله لانه تمليك مضاف الى حال زوال المالكية لا كونه جوابا قاطعا له عن عرقه والاوجه أن يكون هذا الكلام مجرد تتميم لوجه الاستحسان فانه لما كان فى تجويز تمليك مضاف الى حال زوال المالكية نوع استبعاد لكون التمليك فرع بقاء الملك تدارك دفعه بان قال ان المالكية لا تزول عن الانسان بالكلية بعد الموت بل تبقى مالكيته بعده فى حق ما يحتاج اليه كما فى قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث (قوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين) قال صاحب العناية وقد استدل أبو بكر الرازى على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق فخر الاسلام فى أصوله وقد قررناه فى التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة

بيع المعدوم الا أنا جوزناها باعتبار حاجة الناس

وقوله (وقد تبقى المالكية بعد الموت) جواب عن وجه القياس وقوله (وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين الى آخر ما ذكر) بيان لوجه الاستحسان وقد استدل أبو بكر الرازى رحمه الله على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق فخر الاسلام فى أصوله وقررناه فى التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أى وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذكر فخر الاسلام وجها آخر وقد قررناه فى التقرير واستدلاله بالسنة ظاهر وقوله (وعليه) أى على جواز الوصية (اجماع الامة) وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام بثلث أموالكم من غير تقييد باجازة وقوله (وسنبين ماهو الافضل فيه) أى فى فعل الوصية أو فى قدر الوصية

(قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية) أقول لعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لرتبه عليها (قوله بل بعد أى وصية كانت نصيبهما) أقول ولنا فيه بحث فان دلالة ما ذكره على عدم بقاء لزوم الوصية المفروضة ممنوعة وانما دلالته على أن تأخير الميراث ليس عن الوصية المفروضة فقط بل هو متأخر عنها وعن غيرها أيضا ان وجدت كيف ولو رتب الميراث على الوصية المفروضة لم يدل الكلام على تأخير الميراث عن الوصية بالتبرعات مع أنه مقصود وعليك بالتامل

قال

قال (ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقول النبى عليه السلام فى حديث سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف

فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أى وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى أقول يرد عليه أن هذا لا يدل على أن الوصية الاولى لم تبق لازمة فان المواريث وان لم ترتب فى هذه الآية على الوصية الاولى المعهودة لكنها رتبت على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصى بها فدخلت تلك الوصية الاولى أيضا تحت اطلاق هذه الوصية المنكرة فمن أين يلزم انتفاء وجوب الوصية الاولى حتى يلزم انتساخ الآية الاولى بهذه الآية وفائدة ترتيب المواريث على الوصية المطلقة دون الوصية الاولى المعهودة فقط افادة تأخر المواريث عن الوصية الشرعية أيضا كما هو المذهب فى مقدار الثلث وعن هذا أورد القاضى البيضاوى فى تفسير الآية الاولى على من قال كان هذا الحكم فى بدء الاسلام فنسخ بآية المواريث بان قال فيه نظر لان آية المواريث لا تعارضه بل تؤكده من حيث انها تدل على تقديم الوصية مطلقا انتهى ثم ان بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لرتب هذه الوصية عليها فى قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها حيث قال ولعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لرتبه عليها اه أقول انما الساهى نفسه لان مراد صاحب العناية بهذه الوصية فى قوله لرتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى لا وصية العباد كما فى قوله تلك الوصية وانما عبر عن الميراث بالوصية تأسيا بكلام الله تعالى فانه تعالى قال فى أول آية المواريث يوصيكم الله فى أولادكم وقال المفسرون أى يأمركم و يعهد اليكم فى شأن ميراثهم ثم قال تعالى فى آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن فى العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن (قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام فى حديث سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف) قال بعض المتأخرين يعنى أن هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم الخ وان دل عليه أيضا لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقى ما فوقه على الاصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذلك انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ لا يخفى عليك أن قوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم الخ لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لا صراحة وهو ظاهر ولا دلالة لان مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف وانما يدل على جواز الوصية بالثلث فجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر الى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم الخ وان دل عليه أيضا ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقى ما فوقه على الاصل فان بقاء ما فوقه على أصل القياس ليس بمدلول ذلك الحديث أصلا وانما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث وقال ذلك البعض الا أن لقائل أن يقول نفى جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث لا يدل صراحة على نفى جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع الى الاصل فى هذا المقدار ضرورى فى الاستدلال بحديث سعد أيضا انتهى أقول هذا أيضا ليس بتام لان نفى جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث وان لم يدل على نفى جوازها بما بين النصف والثلث الا أن قوله عليه

(قوله فى حديث سعد بن أبى وقاص) وفى بعض النسخ سعد بن مالك رضى الله عنه روى أنه قال فى مرضه لرسول الله عليه السلام أفأوصى بكل مالى فقال لا قال أفأوصى بنصف مالى قال لا قال أفأوصى بثلث مالى قال الثلث والثلث كثير أى لا تستقل الثلث والثلث كثير كاف

(ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام فى حديث سعد بن أبى وقاص) وهو ما روى محمد بن الحسن رحمه الله فى كتاب الآثار قال أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا عطاء بن السائب عن أبيه عن سعد بن أبى وقاص قال دخل النبى صلى الله عليه وسلم يعودنى فقلت يا رسول الله أأوصى بمالى كله قال لا فقلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث كثير لا تدع أهلك يتكففون الناس وفى صحيح البخارى انك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس

(قول المصنف ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سعد الثلث والثلث كثير) أقول قال النووى يجوز رفع الثلث ونصبه فالرفع على انه فاعل أى يكفيك الثلث أو على أنه مبتدأ محذوف الخبر أو عكسه والنصب على الاغراء أو على تقدير أعط الثلث

ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا أن
الشرع لم يظهره فى حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه وأظهره فى حق الورثة لان الظاهر
أنه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء فى الحديث الحيف فى الوصية من أكبر
الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال (الا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار) لان

السلام والثلث كثير بعد اثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعط الثلث أو أوص الثلث
أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخبر أى الثلث كاف أو على أنه فاعل محذوف الفعل أى يكفيك الثلث يدل
على نفى الزيادة على الثلث فان المراد به أن الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه اذ لا فائدة فى ذكر قوله والثلث
كثير بعد قوله الثلث سوى نفى جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة وقد أشار اليه المصنف فى
تقريره حيث قال لقوله عليه السلام فى حديث سعد رضى الله عنه الثلث والثلث كثير بعد نفى وصيته
بالكل والنصف ولم ينقل لحديث سعد فقول ذلك القائل فالرجوع الى الاصل فى هذا المقدار ضرورى فى
الاستدلال بحديث سعد أيضا ممنوع (قوله ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو
استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به) وأوضحه صاحب الكافى بان قال ولانه انعقد سبب زوال
أملاكه عنه الى غيره لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال
من كل وجه فاذا انعقدت ثبت ضرب حق انتهى أقول فى هذا التعليل قصور لانه انما يتمشى فيما اذا وقعت
وصيته حال مرضه لا فيما اذا وقعت حال صحته اذ لا ينعقد سبب الزوال اليهم فى حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله
فى حال صحته فلا توجب وصيته فى تلك الحالة تعلق حقهم به فالاولى فى تعليل هذه المسئلة ماذكره صاحب
البدائع حيث قال ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا فى قدر
الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته فى
المرض أو فى الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام الى
هنا لفظه تدبر (قوله الا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال
بعض المتأخرين فى شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث أراد لا يجوز فى حق الفضل على الثلث بل فى حق
الثلث فقط لا أنه لا تجوز هذه الوصية أصلا وقال هنا فان قلت كيف يجوز اعمال اللفظ الواحد فى بعض مدلوله
دون بعض وباى توجيه أمكن ذلك حتى جازت فى الثلث وبطلت فى الفضل ان ردوا قلت بجعله فى حكم وصايا
متعددة بان يجعل مثلا قوله أوصيت لفلان بثلثى مالى فى قوة أوصيت له بثلثه وثلثه الآخر ويجعل قوله أوصيت
له بعشرة آلاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية آلاف بمنزلة أن يقال أوصيت له بثمانية آلاف وبالفين الى غير
ذلك صيانة لكلام العاقل عن الالغاء ما أمكن وحذرا عن ابطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل بلفظ يجوز
تصحيحه بضرب من التأويل فتدبر فان هذا مما يهم فهمه انتهى أقول حسب أنه أتى بامر مهم يتوقف عليه
معنى المقام ولم يدر أنه انما ارتكب شططا فان صحة بعض أجزاء شئ واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد
لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه ألا يرى أنهم صرحوا بانه اذا جمع بين عبد ومدبر فى بيع بصفقة واحدة أو
جمع بين عبد ومكاتب أو أم ولد فيه صح البيع فى العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم اليه من المدبر أو
المكاتب أو أم الولد بناء على أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى الآخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين
الاجنبية وأختها فى النكاح والمحذور بحسب العقل انما يلزم أن لو كان محل الصحة والفساد واحدا وأما اذا
كان متعددا بان كان محل الصحة بعضا من شئ ذى أجزاء ومحل الفساد بعضا آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور
فيه عقلا أصلا فلا وجه لجعل وصية واحدة فى حكم وصايا متعددة بلا أمر داع اليه وصيانة كلام العاقل عن
الالغاء مهما أمكن والحذر عن ابطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يدعو اليه أصلا فيما نحن فيه
لان الغاء الوصية فيما فضل عن الثلث اذا رده الورثة واثباتها فى مقدار الثلث ضرورى على مقتضى الشرع
سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد فى حكم وصايا متعددة أو أبقيت على حالها الظاهرة من كلام

وقوله (وهذا لانه) ظاهر والضمير البارز فى قوله لم يظهره وأظهره للاستغناء وقوله (تحرزا عما يتفق من الايثار) أى احترازا عما يوجد من تأذى البعض وقطيعة الرحم بسبب ايثار البعض على البعض (على ما نبينه) يعنى عند قوله بعد هذا ولا تجوز لوارثه وقد جاء فى الحديث الحيف فى الوصية روى بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم وروى الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل وقوله (الا أن تجيز الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث

(قال المصنف وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم) أقول فرق بين انعقاد السبب وتحققه كما يعلم من الكافى حيث قال لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى وفى مباحث العلة من كتب الاصول أن المرض علة تشبه الاسباب

الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (ولا معتبر باجازتهم فى حال حياته) لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند
الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه لان
الساقط متلاش غاية الامر أنه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر فى حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى

وبالجملة ماذهب اليه ذلك البعض هنا أمر وهمى لا أصل له كما ترى (قوله لان الساقط متلاش) قال الشراح
قاطبة قول المصنف هذا تعليل لقوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم فى ذلك الوقت كانت
ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه فى
حال حياة المورث انتهى أقول فيه اشكال أما أولا فلانه لا وجه لان يقال أن اجازتهم فى حال حياة المورث ساقطة
لان اجازتهم فى ذلك الوقت غير معتبرة أصلا كما صرح به فيما قبل وبينوا السقوط انما يستعمل فيماله ثبوت
واعتبار فى الاصل لكن زال ذلك لداع ألا يرى أنه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق
به حقه أصلا وأما ثانيا فلانه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كون قوله المذكور تعليلا لما ذكروه
بمسئلة أخرى مع دليلها وهى قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ولا يخفى
ركاكته وبعده عن شأن المصنف والحق عندى أن قول المصنف هذا تعليل لقوله قبيله فليس لهم أن يرجعوا
عنه يعنى أن اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه
فحينئذ ينتظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى (قوله غاية الامر أنه يستند عند الاجازة) وفى بعض النسخ عند الاستغناء
(ولكن الاستناد يظهر فى حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى) هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير وهى
ان حق الورثة وان ثبت عند الموت الا أنه يستند الى أول المرض فبالموت يظهر أن حقهم كان ثابتا قبل الموت
فينبغى أن تصير اجازتهم فى حال حياة المورث بمنزلة اجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فاجاب بان الاستناد انما
يظهر فى حق القائم كما فى العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة فانها تصح اذا كان المعقود عليه قائما وكثبوت الملك
فى المغصوب عند أداء الضمان وهذا أى ما نحن فيه من الاجازة فى حال حياة المورث قد مضى وتلاشى لكونه
لغوا وقتئذ فلم يكن قائما فلا يظهر فى حقه الاستناد هذا خلاصة ما فى عامة الشروح والى هذا التقرير أشار فخر
الاسلام فى مبسوطه كما فصل فى النهاية وقال صاحب العناية فى تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل لا نسلم
عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت فى مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف فى الثلثين فلما
مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد أجاب بقوله غاية الامر يعنى
أن حقهم وان استند الى أول المرض لكن الاستناد يظهر فى حق القائم يعنى كما فى العقود الموقوفة اذا لحقتها
الاجازة وكثبوت الملك فى الغصب عند أداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى أول العقد والغصب
وهذا يعنى ما نحن فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد انتهى أقول
فيه خلل فانه قال فى أول تقرير السؤال لا نسلم عدم مصادفة المحل واستند الى منع ذلك بقوله فان حق الورثة ثبت
فى مال المورث من أول المرض حتى منع من التصرف فى الثلثين وقال فى آخر تقرير الجواب تعليلا لقول
المصنف وهذا قد مضى وتلاشى اذ لم يصادف محله وعدم مصادفة المحل هو الذى قد كان منع فى أول السؤال فتم

(قوله لان الساقط متلاش) متصل بقوله فكان لهم أن يردوه أى كان لهم أن يردوا ما أجازوا فى حال حياة
مورثهم لان اجازتهم فى ذلك كانت ساقطة غير معتبرة لعدم مصادفتها محلها وكل ساقط متلاش فلا يتوقف الى
موت المورث حتى تنقلب معتبرة بعد الموت (قوله غاية الامر أنه يستند) أى ثبوت الحق يستند عند الاجازة
الى ما بعد الموت أى اذا أجازه الورثة يستند ثبوت الحق فى الزائد على الثلث للموصى له الى أول المرض لان
حق الورثة يتعلق بالتركة من أول المرض وهم بالاجازة أسقطوا حقهم فى الزائد على الثلث فثبت أن الاجازة
لاقت محلها فلم يكن لهم أن يردوه بعد الموت وفى بعض النسخ عند الاستغناء مكان قوله عند الاجازة فعلى هذا
يكون المعنى غاية الامر أن ثبوت الحق للوارث يستند عند الموت الى أول المرض فيكون اجازة الورثة حال

وقوله (لان الساقط متلاش) دليل قوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم فى ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه فى حياة الموصى فان قيل لا نسلم عدم مصادفة المحل فان الورثة ثبت فى مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف فى الثلثين فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد أجاب بقوله (غاية الامر) يعنى حقهم وان استند الى المرض لكن الاستناد يظهر فى حق القائم يعنى كما فى العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكثبوت الملك فى الغصب عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى أول العقد والغصب (وهذا) يعنى ما نحن فيه من الاجازة (قد مضى وتلاشى) حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد

وقوله (ولان الحقيقة) دليل آخر تقريره حقيقة الملك للوارث تثبت عند الموت لا قبله وانما يثبت قبله مجرد حق الملك (فلو استند) ملكه الى أول المرض (من كل وجه لانقلب الحق حقيقة) وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين أمرين اما أن نبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله (والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة) جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الاسقاطات وفيها لا رجوع فكذا فيها ووجهه أنه قد عرف أن ثمة حقا وحقيقة وانما رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة لان الرضا ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله (وكذا ان كانت الوصية للوارث) ظاهر (وكل

ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذا ان كانت الوصية للوارث وأجازه البقية فحكمه ماذكرناه

الجواب به مصادرة كما لا يخفى (قوله ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق) قال بعض الفضلاء ظاهره مخالف لما سبق آنفا من قوله اذ الحق يثبت عند الموت الا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى أقول منشأ توهم المخالفة المغفول عن قيد مجرد في قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجامع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بقوله ولانه حق الورثة الى آخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق آنفا اذ الحق يثبت عند الموت هو الحق الجامع للحقيقة فلا مخالفة أصلا وأما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي تثبت عند الموت فلا حاجة الى أن يحمل على ذلك قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربط ما بعده به كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله فلو استند من كل وجه لانقلب حقيقة قبله) يعني لو استند ملك الورثة الى أول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا للوهم من يقول حق الورثة يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى أقول لمانع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا انقلاب الحق حقيقة أصلا فضلا عن استلزامه انقلابه اياها من كل وجه لجواز أن يظهر أثر ذلك التعلق بمجرد تعلق حقهم بمال المورث من أول المرض في كلا الامرين معا بدون أن ينقلب الحق حقيقة أصلا

حياة الموصي حال ثبوت الحق فكان ينبغي أن تصح الاجازة ولا ترد بعد الموت لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى أي الاجازة قبل الموت تلاشت واضمحلت فلا يظهر هذا الاستناد في حقه فلا يعتبر (قوله ولان الحقيقة تثبت عند الموت) أي ولان حقيقة الملك للورثة انما تثبت بعد موت الموصي وقبله يثبت مجرد الحق فلو استندت حقيقة الملك عند الاجازة الى حال حياة الموصي لزم ثبوت الملك حقيقة للموصى له في الزيادة على الثلث بدون اجازة الورثة لان اجازتهم حال حياة الموصي انما لاقت حق الملك لهم لا حقيقة الملك فلو استندت من كل وجه وانقلب حق الملك حقيقة يلزم ثبوت الملك للموصى له في الزائد على الثلث بدون رضاهم اذ الرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة (قوله فحكمه ماذكرنا) أي تعتبر الاجازة

(قال المصنف ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق) أقول ظاهره مخالف لما سبق آنفا من قوله اذ الحق يثبت عند الموت الا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى (قال المصنف فلو استند من كل وجه) أقول لو حذف هذه الشرطية واكتفى بقوله والرضا ببطلان الحقيقة الخ كما في الكافي لكان له وجه (قال المصنف ينقلب حقيقة قبله) أقول في الملازمة كلام (قوله فلو استند الى أول المرض) أقول فيه بحث (قوله فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح أبيه) أقول أي جارح خطأ (قوله واما أن لا يكون هذا القلب مانعا) أقول الاولى واما أن لا يصلح هذا العفو أو تبديل مانعا بقوله باطلا فتأمل فان لما في الكتاب وجها ظاهرا ثم قوله هذا القلب يعني لزوم القلب وقوله مانعا يعني عن صحة الاجازة (قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت) أقول وكذلك السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ (قوله وفي ذلك ابطال أحدهما) أقول يعني الحقيقة

وقوله (وكل ماجاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) ذكره تفريعا على مسئلة القدوري ووجه قول الشافعي رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد برده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض ولنا أن الموصي صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالموصى له يتملك من الموصي وقوله (والاجازة رفع المانع) جواب عن جعل الاجازة اخراجا عن الملك يعني أن الاجازة ليست بسبب الخروج عن الملك وانما هو رفع للمانع وقوله (وليس من شرطه القبض) رد لكونها هبة فكأنه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطا وهو ممنوع فصار ما نحن فيه كالمرتهن اذا أجاز بيع الرهن في كون السبب صادرا من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله فاجازة المرتهن رفع المانع وعورض بأن الوارث ان أجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل على كونه مالكا فيكون التمليك من جهته وأجيب بان الوارث كان له حق أسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وان لم يكن تمليكا كالعتق والفائدة تظهر فيما اذا أجاز في مشاع يحتمل القسمة فان الاجازة صحت وتصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا ولو كان التمليك من جهة الوارث انعكست هذه الاحكام لكون الاجازة حينئذ هبة

(وكل ماجاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالمرتهن اذا أجاز بيع

اذ لا ريب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس ببديهي ولم يقم عليه برهان ولهذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت أيضا اجتهاد مالك وابن أبي ليلى والزهري والاوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكروا ثم قال صاحب العناية فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين أمرين اما أن نبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى أقول فيه خلل لان قوله فنحن بين أمرين الخ مفرعا على ما قبله ليس بسديد أما أولا فلان قوله واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا مجال له بعد أن قرر فيما قبل أن ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وأن انقلاب الحق حقيقة مانع اذا لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وأن السبب لم يتحقق في صورة الاجازة قبل الموت بناء على أن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت وأما ثانيا فلان قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول مع أن ما قرره فيما قبل وما ذكر في الكتاب يمنعان جواز ذلك أصلا وبالجملة لا مجال لربط قوله فنحن بين أمرين الخ بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب أيضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جارح أبيه قبل موت أبيه بما ذكره قبله كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بان قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ انتهى أقول ليس شيء من كلاميه بمستقيم أما نقضه بالجرح فلان الجرح فعل واحد صادر عن الجارح لا تكرر فيه الى أن يموت المجروح حتى يقال ان السبب هو الجرح المتصل بالموت بل انما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجارح الا أنه يحتمل أن يكون قاتلا وغير قاتل وبالموت يظهر أنه قاتل بخلاف المرض فانه حالة انفعالية تتكرر وتتجدد الى الموت فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فهي السبب للموت فافترقا وأما قوله ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ فلان فاء التفريع تنافي ذلك كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام (قوله وكل ماجاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث) قال صاحبا النهاية والعناية وجه قول الشافعي أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان

بعد الموت لا قبله (قوله وكل ماجاز باجازة الورثة يملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا) وعند الشافعي رحمه الله من الوارث وثمرة هذا الاختلاف تظهر في مسائل حتى صحت هذه الاجازة عندنا في مشاع يحتمل القسمة ويصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعد الاجازة وعند الشافعي ينفذه بتسليم الوارث حتى أنه ان سلم اليه يصح وان لم يسلم اليه بطلت ولا يجبر عليه كذا في المبسوط والصحيح قولنا لان الاجازة لازالة المانع والحكم يضاف الى السبب لا الى ازالة المانع (قوله وليس من شرطه القبض) أي عندنا لان المجاز له يملكه من جهة الموصي لا من جهة الوارث فلا يشترط القبض

(قوله وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة) أقول كيف يكون ردا اذ الشافعي يقول بكون القبض من شرطه (قوله لانعكست هذه الاحكام) أقول كما عند الشافعي

ال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا الخ) لا تجوز الوصية لمباشر القتل عامدا كان أو خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل
ولانه استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية بحرم الميراث) ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بان
حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة بمقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين
المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل التفصي عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر جدا وسلوك طريق الدلالة أسهل (وقال
الشافعي رحمه الله تجوز الوصية للقاتل) مطلقا لانه أجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره (وعلى هذا الخلاف) بيننا وبينه

قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه

الميراث يثبت للوارث من غير قبوله ولا يرتد برده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض انتهى وهكذا ذكر في الكافي أيضا أقول قد قصر وافي تقرير وجه قول الشافعي في مسئلتنا هذه حيث قيدوا المال الذي صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلزم أن لا يتمشى فيما اذا كان ما أجازه الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما في صورة اجازته الوصية لوارث أو قاتل باقل من الثلث أو بالثلث فان الحكم في تلك الصورة أيضا داخل في كلية مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكروا من الدليل للشافعي فيها كما ترى فالاولى في بيان وجه الشافعي هنا ما ذكر في معراج الدراية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث وللوارث وللقاتل والاجازة لا تعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لانها تمليك بلا عوض انتهى فانه يعم الكل ثم ان الصحيح في هذه المسئلة قولنا لما ذكر في الكتاب (قوله ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل) أقول لقائل أن يقول أن هذا الحديث مما يعارضه اطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين وعموم قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم أو قال حيث أحببتم كما مر ثم ان هذا الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيد الاطلاق الكتاب قط على ما عرف في أصول الفقه وان صلح أن يكون مخصصا العموم ذلك الحديث الآخر فانما يتصور ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قط فاذا لم يعلم التاريخ يحمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضا ويتساقطا في حق الوصية للقاتل قال هو مقتضى قاعدة الاصول على ما عرف في محله فمن أين يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص وروى أنه قال ليس لقاتل شيء ذكر الشيء نكرة في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى أقول ليت شعري من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخرا عن العام في الورود وهو لم يثبت قط ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح أن يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبر الواحد ومن الدلائل المذكورة في أول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه (قوله ولانه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث) قال في العناية ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق

اذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين) يعني فيما اذا كان القتل قبل الوصية أو بعدها (ما بيناه) يعني من الحديث فانه باطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بان ذلك صحيح اذا كان القتل بعد الوصية وأما اذا كان الجرح قبلها فلا استعجال فيه وأجيب بجعل الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن المعتبر كون الموصى له قاتلا أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤخرا عن الوصية واعترض بنقض اجمالي بان ما ذكرتم صح بجميع مقدماته في عتق المدبر اذا قتل مولاه فان التدبير وصية وهي تصح للقاتل وأجيب بان عتقه من حيث ان موته جعل شرط العتق وقد وجد لكن يسعى المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى بايجاب السعاية (ولو

قال المصنف ولانه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية) أقول فيه تأمل فان هذا مذهب المعتزلة والاجل عندنا واحد والجواب أنا لا نقول بقطع عليه الاجل كما تقول المعتزلة بل نقوله كما قلنا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام الصدقة تزيد في العمر (قوله مقاسمة قاتل أبيهم) مثلا (قوله وسلوك طريق الدلالة أسهل) أقول نعم لو ثبت شرط الدلالة وذلك محل نظر (قوله فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤخرا عن الوصية) أقول فيه تأمل

(ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تجوز) لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال (ولا تجوز لوارثه) لقوله عليه السلام ان الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث ولانه يتأذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم

واختلاف الدين وأجيب بان حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة بمقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى أقول لا الرد شيء ولا الجواب أما الاول فلان التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان من الوصية مطلقا على الحرمان من الميراث حتى يرد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين بل انما يدل على قياس حرمان القاتل من الوصية على حرمانه من الميراث لعلة الاستعجال بفعل محظور وهو القتل ولا شك أن هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجري هذا القياس فيهما وأما الثاني فلان كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة بمقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع كيف ولو كان الامر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند اجازة سائر الورثة اياه وتركهم المغايظة كما جازت الوصية له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا أجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به وأيضا لو كان الامر كذلك لزم أن لا يحرم القاتل عن الميراث اذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعا والحق أن سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جناية عظيمة منه وهي القتل بغير حق فانه يستدعي العقوبة بابلغ الوجوه وقد جعلها الشرع حرمانه عن الميراث والقاتل الموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز قياس حرمانه عن الوصية على حرمانه عن الميراث واليه أشار المصنف بقوله ولانه استعجل ما أخره الله تعالى يعني استعجله بارتكاب جناية عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح به صاحب البدائع حيث قال ولان القتل بغير حق جناية عظيمة فيستدعي الزجر بابلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت انتهى ثم قال صاحب العناية ولعل التفصي عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر جدا وسلوك طريق الدلالة أسهل انتهى أقول فيه بحث لان من شرط طريق الدلالة أن يكون المعنى الذي كان الحكم لاجله في المنطوق متحققا في الملحق بالدلالة بطريق الاولوية أو بالتساوي وتحقق ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على أصل أبي حنيفة ومحمد فان المعنى المقتضي لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا يتكسر باجازة الورثة أصلا ولهذا لا يرث القاتل سواء أجازه الورثة أو لم تجزه بخلاف المعنى المقتضي لحرمانه عن الوصية فانه يتغير ويتكسر باجازة الورثة عند أبي حنيفة ومحمد ولهذا تصح الوصية له عندهما اذا أجازتها الورثة كما نطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث أقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة في شأن الوصية على أصلهما ثم أقول ههنا احتمال آخر وهو أن لا يكون مراد المصنف بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا الالحاق بطريق الدلالة بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه ويدل عليه أنه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث لتم دليله العقلي بلا احتياج اليه فان استعجال القاتل ما أخره الله تعالى جرم عظيم يستدعي حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور أصلا وتسقط الكلمات المتعلقة به بحذافيرها كما لا يخفى (قوله ولهما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث) أقول أرى دليلهما هذا ضعيفا جدا فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على

(قوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث) انما جمع بينهما بطريق التشبيه من حيث مجرد النفع العائد اليهم عند بطلانها لا غير وان كان بينهما افتراق من حيث ان الوصية لو لحقتها الاجازة تصح والميراث لا يصح وان أجيز وانما افترقا لان اجازة العبد ورده انما يعمل فيما كان من جهة العبد والوصية تمليك من جهة العبد فجاز أن تعمل الاجازة فيها ولا كذلك الميراث لانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه

(ولو أجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما أن الامتناع لحق الورثة) الى آخر ما ذكر في الكتاب فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا أجازت الورثة حيث صحت الوصية دون الميراث أجيب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد وقوله (ولانهم لا يرضونها) أي الوصية (للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم) أي لاحد الورثة وفي الوصية لاحدهم ان أجازها البقية نفذت فكذا القاتل وقوله (ولا تجوز لوارثه) أي لوارث الموصى (لقوله عليه السلام ان الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث ولانه يتأذى البعض) الى آخر ما ذكر في الكتاب

ولانه حيف بالحديث الذى رويناه ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت (والهبة من المريض للوارث فى هذا نظير الوصية) لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث

الاطلاق اذ قد تقرر فيما مر أن الشرع لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا جازت الوصية بهذا القدر للاجانب وان لم يجزها الورثة وفيما نحن فيه لم تجز الوصية بشئ للقاتل بدون اجازة الورثة فكيف يتصور أن يكون الامتناع فى قدر الثلث أيضا لحقهم ثم ان تعليل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام لان مجرد عود نفع بطلانها اليهم لو اقتضى كون الامتناع فى الوصية لحقهم لاقتضى كونه فى الارث أيضا لحقهم فلزم أن يجوز ارث القاتل أيضا باجازتهم عندهما ولم يقل به أحد قال فى العناية فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا أجازت الورثة حيث صحت فى الوصية دون الميراث أجيب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى أقول فيه نظر لان الكلام هنا ليس فى نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بان أحدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع بل انما الكلام هنا فى أن حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث أم لا ولا شك أنه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث فى كونهما من جهة الشرع نظرا الى دليلهما وفى كونهما من جهة العبد نظرا الى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فما معنى أن تعمل الاجازة التى هى تصرف من العبد فى ارتفاع أحدهما دون الآخر وبعبارة أخرى ان الميراث وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الا أن حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا تجوز أن تعمل الاجازة فى رفع هذا المانع الذى كان من جهته وبصنعه (قوله ولانه حيف بالحديث الذى رويناه) قال صاحب العناية قوله بالحديث الذى رويناه اشارة الى ما تقدم فى كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده فى العطية انتهى أقول هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور اذ لم يتقدم من المصنف فى كتاب الهبة ذكر حديث فى حق من خصص بعض أولاده فى العطية بل لم يتقدم منه ثمة ذكر تلك المسئلة قط فكيف تتصور الحوالة عليه ههنا والصواب أن مراد المصنف ههنا بقوله بالحديث الذى رويناه هو الاشارة الى ما ذكره فى هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء فى الحديث الحيف فى الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة

فلا تعمل فيه اجازة العبد لذلك والمعنى ان نفع بطلانها لما كان عائدا اليهم كان الموصى به قطع حقهم والورثة بالاجازة اسقطوا حقهم فيجوز وقوله ولانهم لا يرضونها للقاتل وهذا التعليل لبيان ان امتناع وصية القاتل لحق الورثة باعتبار أنهم لا يرضونها ظاهرا كما لا يرضونها لاحدهم ثم الورثة لو رضوا بالوصية لاحدهم تجوز فكذا للقاتل وما قاله أبو يوسف رحمه الله لان جنايته باقية والامتناع لاجلها أى حرمانه كان بطريق العقوبة قلنا لا نسلم انه كان بطريق العقوبة ألا ترى أنه يستوى فيه الخاطئ والعامد وان كان الخاطئ لا يستحق العقوبة وانما حرمانه دفعا للغيظ عن الورثة حتى لا يشاركهم فى مال أبيهم من سعى فى قتله وهذا ينعدم باجازة الورثة وأما الصبى فهو بمعزل من الغيظ لقصور عقله فلا يغيظ فعله الورثة مثل غيظ البالغ اياهم فلا يثبت فى حقه ما ثبت فى البالغ (قوله ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت) حتى لو أوصى لاخيه ولا ابن له ثم ولد له ابن تصح وصيته لاخيه بخلاف ما لو أوصى لاخيه وله ابن ثم مات ابنه تبطل الوصية وفى فتاوى قاضيخان ولو أوصى لاخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كان له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وتبطل الوصية للاخ لاب وأم لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لانه لا يرثه وتبطل الوصية للاخ لاب وأم وللاخ لام لانهما يرثانه

واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف فى الحال

على الثلث وبالوصية للوارث انتهى (قوله واقرار المريض للوارث على عكسه) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية أى على عكس الوصية بتاويل الايصاء وقال صاحب العناية أى على عكس الوصية بتاويل الايصاء أو المذكور وورد عليه التاويل الثانى بعض الفضلاء بان قال الوصية هى المذكورة بالهاء لا المذكور فالاولى أو ما ذكر انتهى أقول رده ساقط لان الوصية انما تكون هى المذكورة بتاء التانيث لا المذكور وأن لو كان الالف واللام فى اسم المفعول حرف تعريف وقد تقرر فى علم الادب أن الالف واللام فى اسم الفاعل والمفعول عند غير المازنى من عامة أئمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم الفاعل أو المفعول فحينئذ يصير لفظ المذكور فى معنى ما ذكر فيعود الضمير المستتر فى اسم الفاعل والمفعول الى الموصول الذى هو الالف واللام ولا يلزم الحاق تاء التانيث بصلته لعدم علامة التانيث فى لفظ ذلك الموصول فانه فى اللفظ مفرد مذكر صالح للمثنى والمجموع والمؤنث أيضا ككلمة ما وكلمة من كما صرحوا به نعم يجوز الحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية لكن الامر فى كلمة ما أيضا كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر فى جواز تذكير الصلة نظرا الى لفظ الموصول وجواز تانيثها نظرا الى المعنى المراد بالموصول وعن هذا ترى ثقات أهل العربية يؤولون المؤنث الذى عبر عنه بضمير المذكر أو باسم الاشارة المذكر فى مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل فى التفاسير أيضا بالمذكور كما يؤولونها بما ذكر من غير فرق ثم ان كان المراد بقولهم بتاويل المذكور فى أمثال هذا المقام أن يقال بتاويل الشئ المذكور وعلى أن يقدر الموصوف المذكر كان الامر أسهل ويرتفع الاشتباه بالكلية ثم ان الشراح قاطبة قالوا فى تفسير قول المصنف واقرار المريض للوارث على عكسه أى يعتبر فى الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت وقال صاحب النهاية بعد ذلك ان اعتبار وقت الاقرار دون وقت الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه فهذا الاقرار فى المعنى حصل للمولى وهو أجنبى فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وقال صاحب العناية بعد نقل ما ذكر فى النهاية على الوجه المزبور وأرى أن اطلاق المصنف يغنى عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر فى اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم فيكون

(قوله واقرار المريض للوارث على عكسه) أى يعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الاقرار حتى لو صار وارثا بسبب تجدد بعد الاقرار صح الاقرار كما اذا أقر لاجنبية ثم تزوجها وان ورث بسبب كان قائما وقت الاقرار لم يصح الاقرار كما اذا أقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره له عندنا

وقوله (بالحديث الذى رويناه اشارة الى ما تقدم فى كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده فى العطية وقوله (يعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت) ذكر فى فتاوى قاضيخان ولو أوصى لاخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وأم لانه يرثه مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لاب لانه لا يرثه و بطلت للاخ لاب وأم وللاخ لام لانهما يرثانه وقوله (واقرار المريض للوارث على عكسه) أى على عكس الوصية بتأويل الايصاء أو المذكور أى يعتبر فى الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر فى النهاية أن اعتبار وقت الاقرار دون وقت الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه فهذا الاقرار فى المعنى حصل للمولى وهو أجنبى فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وأرى أن اطلاق المصنف يغنى عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر فى اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرار الوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل

(قوله بتاويل الايصاء أو المذكور) أقول الوصية هى المذكورة بالهاء لا المذكور فالاولى أو ما ذكر (قوله ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب صح الاقرار) أقول قوله أقر لابنه العبد الذى ليس عليه دين قال فى الكافى فى فصل فى اعتبار حالة الوصية قبيل باب العتق فى المرض واذا أوصى المريض لابنه الكافر أو الرقيق أو وهب له وسلم أو أقر له بدين فاسلم الابن أو عتق قبل موته بطل ذلك كله أما الوصية والهبة فلما مر أن المعتبر فيهما حال الموت وأما الاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمة الايثار فصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا وذلك كمن أقر لاخيه وله ابن فهلك الابن ثم هلك المقر والاخ المقر له وارثه أنه باطل لما قلنا انتهى ولا يخفى عليك مخالفته لما ذكره صاحب النهاية فتامله (قوله وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم) أقول فيه بحث فانه يقتضى أن لا تجوز الوصية للاخ ولا الاقرار له أصلا مع وجود الابن فليتأمل فان مراده فيكون وارثا عند الاقرار بالتبين وأما اذا لم يمت الابن تبين أنه ليس بوارث فيصح

فيعتـبر ذلك وقت الاقرار قال (الأ أن تجيزها الورثة) و يروى هـذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو أجاز بعض و رد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه و بطل فى حق الراد

وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل انتهى أقول فيـه نظر لان مدار هذا التوجيه أن يكون مراد المصنف بالوارث ما يعم المحجوب بـو يقابل المحروم وليس بسديد اذ لو كان مراده بالوارث هنا ذلك لكان مراده به فى قوله و يعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصـية أيضا ذلك والا لم يتم قوله واقرار المريض للوارث على عكسه فان أمر الانعكاس انما يتحقق عنـد اتحاد المراد بالوارث ولو كان المراد بالوارث هنالك أيضا ذلك لفسـد المعنى اذ لا يخفى أن الموصى له اذا كان محجوبا عن الميراث عند موت الموصى تجوز الوصية له كما يدل عليه قطعا ما ذكره الامام قاضيخان فى فتاواه ونقـله الشراح باسرهم عنه من قبل وهو أنه لو أوصى لاخوته الثـلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثا لانهـم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصـية للاخ لاب والاخ لام و بطلت للاخ لاب وأم لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه و بطلت للاخ لاب وأم وللاخ لام لانهما يرثانه انتهى فظهر أن المراد بالوارث هنا ما ثبت له الارث بالفعل بأن لا يكون محروما ولا محجوبا فاحتيج الى التقييد فى صورة الاقرار بما ذكره صاحب النهاية ثم ان صاحب الغاية تردد على صاحب النهاية ههنا وجها آخر حيث قال وذكر فى وصايا الجامع الصـغير لو أن المريض أقر لابنه بدين وهو نصرانى أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التى صار بها وارثا فى ثانى الحال ثم قال فعن هذا عرفت أن ما ذكر بعضهم فى شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو أنه قال أقر لابنه بدين وابنه عبد ثم أعتق ثم مات الاب وهو من ورثته فاقراره بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل من المريض فى المعنى للمولى وهو أجنبى منه اهـ أقول الساهى هنا صاحب الغاية نفسه لان ذلك البعض الذى نسب السهو اليه فان المصنف ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلا من كتاب الاقرار فى فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصـية بالثلث فيما سيانى واعترف صاحب الغاية أيضا ثمة بان الصدر الشهيد وغيره ذكروا ما ذكره المصنف هنالك نقلا عن كتاب الاقرار فما قاله هنا من أنه سهو منـه لا يصح لعله غفول عن ذلك وسهو من نفسـه كما لا يخفى نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منـه السهو فانه بنى كلامه هنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا ليس بعزيز فى كلمات الثقات ثم ان تاج الشريعة بعد أن فسر قول المصـنف واقرار المريض للوارث على عكسـه بقوله أى يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الاقرار لا زمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت ولو لم يكن وقت الاقرار وارثا صح الاقرار وان صار وارثا زمان الموت لان الاقرار ايجاب فى الحال ولهذا يملكه المقر له فى الحال ويصح رده فى الحال انتهى أقول فيه بحث فان قوله فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه ما نص عليه الامام قاضيخان فى فتاواه فى فصل اقرار المريض من كتاب الاقرار حيث قال ولو أقر لوارث ثم خرج من أن يكون وارثا بأن أقر لاخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى ثم ان لبعض المتاخرين هنا كلمات مفصلة غير خاليـة عن الاختلال فى بعض مواضعها تركنا ذكرها و بيان اختلالها مخافة عن الاطناب الممل

و قال زفر رحمه الله اقراره صحيح لان الاقرار موجب للحق بنفسه فانما يتظر الى حالة الاقرار وقـد حصل لمن ليس هو بوارث فلا يبطل بصيرورته وارثا بعـد ذلك كما لو أقر لاجنبية ثم تزوجها و بهـذا فارق الهبـة والوصـية لانه مضاف الى ما بعـد الموت حقيقة أو حكما ولنا أنه وارث بسبب كان قائما وقت الاقرار فتبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل وهذا الان الحكم مضاف الى سببه فاذا كان السبب قائما وقت الاقرار تثبت صفة الوراثة للمقر له من ذلك الوقت بخلاف الاجنبية اذا تزوجها لانها صارت وارثة بسبب حادث بعـد الاقرار والحكم لا يسبق سببه فلا يتبين ان الاقرار حين حصل كان للوارث و بخلاف ما لو أقر لابنـه بدين وابنه عبـد

قال

وقوله (الأ أن تجيزها الورثة) استثناء من قوله ولا تجـوز لوارثه و يروى هذا الاستثناء فيما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم ألا لا وصـية لوارث وقوله (ولان الامتناع لحقهم) أى لحقهم الذى هو تاذيهم بايثار البعض دون البعض و بالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلثـين أجاز وا أو لم يجيزوا لانه لا حق لهـم فى الثلث كما فى الوصية للاجنبى قوله (ولو أجاز بعض) ظاهر

قال (و يجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم) فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين الآية والثانى لانهـم بعقد الذمة ساووا المسلمين فى المعاملات ولهـذا جاز التبرع من الجانبين فى حالة الحياة فكذا بعد الممات (وفى الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة) لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن

(قوله قال و يجوز أن يوصى المسلم للكافر) قال فى الكفاية أراد به الذمى بدليل التعليل ورواية الجامع الصغير أن الوصية لاهل الحرب باطلة انتهى أقول فيـه أن قوله و يجوز أن يوصى المسلم للكافر لفظ القـدورى والتعليل ورواية الجامع الصغير انما هما من كلام المصنف فكيف يصح جعل كلام المصنف دليلا على ارادة القـدورى بالكافر الذمى دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه عـلى أن المراد باهل الحرب فى رواية الجامع الصغير هو الحربى الغير المستأمن لان لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية لحربى هو فى دارهم باطلة كما ذكر فى الكافى وغيره فبقى الحربى المستأمن خارجا عن مسئلة الجامع الصغير فكيف تكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر فى لفظ الكتاب هو الذمى دون ما يعم الحربى المستأمن وقد صرح فى المحيط وغيره بانه يجوز أن يوصى المسلم للحربى المسـتأمن فى ظاهر الرواية كما يجوز أن يوصى للذمى نعم يجوز أن يكون اختصاص التعليل الذى ذكره المصنف بالذمى دليلا على حمل المصنف مراد القـدورى بالكافر على الذمى وان لم يكن دليلا على أن يكون مراد القدورى بذلك فى نفسه هو الذمى وأما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير التى تختص بالحربى الغير المستأمن فلا يكون دليلا على حمل المصنف أيضا اياه على الذمى فقط كما لا يخفى (قوله وفى الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة) قال شراح الجامع الصغير ذكر فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجـه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغى أن يفعل وان فعل جاز وثبت الملك لانهم من أهل الملك انتهـى واقتفى أثرهم صاحب الكافى وشراح هذا الكتاب أقول والانصاف أن لفظة باطلة فى عبارة الجامع الصغير مما يأبى التوفيق المذكور جدا اذ قد تقرر عندهم أن الباطل من العقود لا يفيد الملك بخلاف الفاسد منها فانه يفيد الملك عند تحقق القبض فلو كان المذكور فى الجامع لفظة فاسدة بدل لفظة باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم أقول لعل الحق هنا رأى صاحب المحيط فانه لم يقبل قولهم ذكر فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربى بل نقل ما ذكر فى السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية للحربى حيث قال وفى شرح الطحاوى قالوا وذكر فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربى واختلف المشايخ فيه منهم من وفق بين ما ذكر فى الاصل و بين ما ذكر فى السير الكبير فقال لا ينبغى للمسلم أن يوصى للحربى كما ذكر فى الاصل ولكن لو فعل جازت وثبت الملك للموصى له كما ذكر فى السير الكبير ومنهـم من قال فى المسـئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور فى السير الكبير أن الوصية للحربى باطلة والصورة المذكورة ثمة لو أوصى مسـلم لحربى والحربى فى دار الحرب لا تجوز فان خرج الحربى الموصى له الى دار الاسلام بامان وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شئ وان أجازت الورثة لان الوصـية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل اجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز فى أصل المسئلة ونص على البطلان فى الفرع وانه دليل على بطلانها الى هنا لفظ المحيط فتأمل ثم ان صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التوفيق المار الذكر فى عامـة الكتب وعزاه الى الكافى والنهاية قال أقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو فى دارهم فانه احتراز عن حربى ليس فى دارهم وهو المستأمن فان الحربى ما دام فى دار الحرب من يقاتلنا بخلاف المسـتامن فانه ليس

ثم أعتق ثم مات الاب وهو من ورثته فاقراره بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل عن المريض فى المعنى للمولى وانه أجنبى منه و بان صار العبد من ورثته بسبب قائم وقت الاقرار لا يبطل ذلك الاقرار (قوله و يجوز أن يوصى المسلم للكافر) أراد به الذمى بدليل التعليل ورواية الجامع الصغير أن الوصية لاهل الحرب باطلة ولا يقال الوصية أخت الميراث والكافر لا يرث من المسلم لان الوصية ليست بميراث مطلقا لانها تشـبه الهبـة من حيث انه يملك بتمليك الموصى فالحقناه بالهبـة وفى الجامع الصغير الوصـية للحربى هو فى دارهم

قال (و يجوز أن يوصى المسلم للكافر) وصية المسلم للكافر الذمى وعكسـها جائزة فاما الاول فلقـوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين الآية نفى النهـى عن البر اليهـم والوصية لهم بر اليهم فكانت غير منهية وأما الثانى فلما ذكـره فى الكتاب وأما الوصـية لاهل الحرب ففى رواية الجامع الصغير باطلة وقالوا فى شروح الجامـع الصغير انه ذكر فى السير الكبـير ما يدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغى أن يفعل وان فعل ثبت الملك لهم لانهـم من أهل الملك وأما وصية الحربى بعـد ما دخـل دارنا بامان فانها جائزة لان له ولاية تمليـك ماله فى حياته فكذا بعـد وفاته خلا أنه لا فرق بـين وصيته بالثلث و بجميع ماله لان منع المسلم عما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين لانه معصوم عـن الابطال وورثة الحربى ليست كذلك

(قال المصـنف والثانى لانهم بعقد الذمـة ساووا المسلمين فى المعامـلات) أقول لا اختصاص لهـذا الدليل بالثانى بل يعم الاول أيضا (قوله وانما جعل هذا التصديق أفضل) أقول فيه بحث

الذين قاتلوكم فى الدين الآية قال (وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) لان أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال (ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث أولى أم تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى

كذلك وهو المراد مما ذكر فى السير الكبير انتهى كلامه أقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على مانقله صاحب المحيط لو أوصى مسلم لحربى والحربى فى دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن أن يكون المستامن هو المراد مما ذكر فى السير الكبير (قوله وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) قال بعض المتاخرين لا يخفى أن بيان وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغى أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن أن يتوسط بينهما مسئلة استحباب الوصية بما دون الثلث انتهى أقول خبط ذلك القائل فى تحريره هذا خبط عشواء لان بيان وقت القبول ان كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغى أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لان الذى ينبغى أن يقدم انما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور فيلزم أن يكون الذى ينبغى عكس ماذكره وذلك عين ماوقع فى كلام المصنف فكأنه أراد أن يقول لا يخفى أن بيان وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخبط فى تحريره حيث عكس الامر (قوله ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم) أقول لقائل أن يقول كما أن فى التنقيص صلة القريب كذلك فى التكميل صدقة على الاجنبى وفيما اذا كانت الورثة أغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم فالصدقة أولى من الهبة كما سجىء التصريح به فى تعليل كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فينبغى أن يكون التكميل أيضا أولى من التنقيص فيما اذا كانت الورثة أغنياء لتلك العلة فما وجه التعميم هنا والجواب أن فى التنقيص أصل صلة القريب لا زيادتها وفى التكميل زيادة الصدقة لا أصلها لتحقق أصلها بما دون الثلث بدون التكميل ففى اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن أصلها أى بالكلية وليس فى التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان فى اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفى اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهى فضيلة الصدقة ولا ريب أن العمل بهما معا أولى من العمل باحدهما فقط (قوله ثم الوصية باقل من الثلث أولى أم تركها) أقول والقائل أن يقول قد حكم فيما مر آنفا بان الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ولا شك أن المستحب هو الذى كان فعله أولى من تركه فما معنى الترديد هنا بان الوصية باقل من الثلث أولى أم تركها والتفصيل بقوله

باطلة لانهم بروصلة وقد نهينا عن بر من يقاتلنا لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الآية وفى السير الكبير ما يدل على الجواز ووجه التوفيق انه لا ينبغى أن يفعل فان فعل جاز (قوله ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث) روى عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما انهما قالا لان يوصى بالخمس أحب الينا من أن يوصى بالربع ولان يوصى بالربع أحب الينا من أن يوصى بالثلث للكاشح العدو والذى أعرض ولاك كشحه الكشح مابين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح العدو الذى أضمر العداوة فى كشحه وانما جعل هذا التصرف أفضل لان التصدق على المحب الصديق مما تميل اليه النفس لمحبته وصداقته وفى القريب الكاشح المنظور اليه هو معنى القرابة لا غير مع مخالفة نفسه لان نفسه لا تدعوه الى التصدق عليه فكان ترجيح معنى القرابة فى الاحسان أولى من ترجيح جانب المحبة خصوصا اذا كان ذلك متضمنا مخالفة النفس

وقوله (وقبول الوصية بعد الموت) على ماذكره فى الكتاب ظاهر والقبول ليس بشرط لصحة الوصية وانما هو شرط ثبوت الملك للموصى له وللوصية شبه بالميراث من حيث انها تملك بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تملك بتمليك الغير فاعتبرنا شبه الهبة فى حق القبول مادام ممكنا من الموصى له فقلنا لا تملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له من غير رد وقبول فقد ذكر فى الكتاب أن الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا أو قبلوا فى الاستحسان

لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبى والترك هبة من القريب والاولى أولى لانه يبتغى بها وجه الله تعالى وقيل فى هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلة فيخير بين الخيرين قال (والموصى به يملك بالقبول) خلافا لزفر وهو أحد قولى الشافعى هو يقول الوصية أخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا أن الوصية اثبات ملك جديد

قالوا ان كانت الورثة فقراء الخ والجواب أن الاستحباب فى قوله سابقا ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث ليس بناظر الى قوله أن يوصى الانسان بل الى قوله بدون الثلث أى مصب الافادة فى ذلك الكلام قيده لا نفسه فمآل معناه الى أن التنقيص عن الثلث فى الوصية مستحب مطلقا وهذا انما يقتضى أن يكون التنقيص من الثلث فى الوصية أولى من التكميل مطلقا ولهذا قال المصنف فى تعليله لان فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم وهذا المعنى لا ينافى أن يكون ترك الوصية بالكلية أولى من التنقيص عن الثلث أيضا فى بعض الصور فبين المصنف ذلك بما قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية أولى وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى فلم يكن ترديده وتفصيله ههنا مخالفا لما سبق آنفا بل كان بملاحظة ذلك ورعايته على حاله هكذا ينبغى أن يفهم هذا المقام (قوله لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح) والكاشح العدو والذى أولى كشحه وهو مابين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح هو الذى أضمر العداوة فى كشحه وانما جعل هذا التصدق أفضل لان فى التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها كذا فى العناية وغيرها أقول فيه شئ وهو أن الحديث حينئذ انما يدل على أفضلية الصدقة على ذى الرحم الكاشح لا على أفضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التقريب وقد تنبه له بعض الفضلاء حيث قال هذا الحديث لا يفى بتمام المدعى ولذلك لم يصدره باداة التعليل الا أن قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدى نفعا لان ذلك الحديث فى مقام التعليل هنا سواء صدره باداة التعليل أو لم يصدره بها ولهذا صدره صاحب الكافى باللام حيث قال لقوله عليه السلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ثم ان بعض المتأخرين كأنه قصد دفع ذلك القصور واصلاح المقام فقال فى شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهى وكل صدقة على القريب أولى من الصدقة على غيره أقيم دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح فانه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذى رحم كاشح من الصدقة على ذى رحم غير كاشح وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذى الرحم منها على غير ذى الرحم انتهى أقول ليس ذلك أيضا بتام فانا ان أغمضنا عن منع قوله فانه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذى رحم كاشح من الصدقة على ذى رحم غير كاشح نمنع جدا قوله وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذى الرحم على غير ذى الرحم فان تخصيص الكاشح بذى الرحم انما يدل على أن يكون التصدق على ذى الرحم تاثير فى أفضلية الصدقة كما أن لكونه كاشحا تاثيرا فيها ولا يلزم منه أن يكون التصدق على ذى الرحم الغير الكاشح أفضل من التصدق على غير ذى الرحم الكاشح لان فى كل منهما انتفاء أحد سببى الافضلية المستفادين من الحديث الشريف فمن أين يعلم أفضلية أحدهما من الآخر تامل تقف (قوله وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبى والترك هبة من القريب والاولى أولى) أقول للمانع أن يمنع كون الوصية صدقة على الاجنبى مطلقا اذ الاجنبى الموصى له قد يكون غنيا أيضا فلم يثبت أولوية الوصية

وقهرها فكان هو أولى لا محالة (قوله والموصى به يملك بالقبول) أى بالقبول بعد موت الموصى وبعد

وقوله (ويستحب أن يوصى الانسان) واضح وحاصله أن التقليل فى الوصية أفضل واليه الاشارة فى قوله انك أن تدع عيالك الحديث ومعناه ورثتك أقرب اليك من الاجانب فترك المال لهم خير من الوصية وهو مروى عن أبى بكر وعمر قالا لان يوصى بالخمس أحب الينا من أن يوصى بالربع ولان يوصى بالربع أحب الينا من أن يوصى بالثلث والكاشح العدو والذى ولى كشحه وهو مابين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح الذى أضمر العداوة فى كشحه وانما جعل هذا التصدق أفضل لان فى التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها وقوله (والموصى به يملك بالقبول) واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا

(قال المصنف وقد قال النبى عليه الصلاة والسلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح) أقول هذا الحديث لا يفى بتمام المدعى ولذلك لم يصدره باداة التعليل

وقوله (ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب) صورته أن يشترى المريض شيا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بائعه (ولا يرد عليه بالعيب) صورته أن يوصى بجميع ماله لانسان ثم باع شيأ من التركة ووجد المشترى به عيبا لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد فى الصورتين جميعا كما فى الوارث وقوله (ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره الا بقبوله) لئلا يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو أوصى له بعبد أعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود اليه وأمثال ذلك كثيرة وقوله (الا فى مسئلة واحدة) استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول يعنى الا فى مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول وقوله (لان الدين مقدم على الوصية) يعنى فى الحكم فان قيل هذا التقدم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فالجواب ماذكرناه فى مختصر الضوء فى الفرائض قال (ولا تصح وصية الصبى) كلامه واضح وقوله (ولو لم تنفذ تبقى على غيره) يعنى اذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه فانه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا ولو لم تنفذ يبقى ماله على غيره فكان الوصية أولى

ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره الا بقبوله أما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال (الا فى مسئلة واحدة وهى أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به فى ملك ورثته) استحسانا والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول فصار كموت المشترى قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل فى ملكه كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى اذا مات قبل الاجازة قال (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية) لان الدين مقدم على الوصية لانه أهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وأبدا يبدأ بالاهم فالاهم (الا أن يبرئه الغرماء) لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال (ولا تصح وصية الصبى) وقال الشافعى تصح اذا كان فى وجوه الخير لان عمر رضى الله عنه أجاز وصية يفاع أو يافاع وهو الذى راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه فى نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا أنه تبرع والصبى ليس من أهله ولان قوله غير ملزم وفى تصحيح وصيته قول بالزام قوله

من تركها على الاطلاق فيما اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فتدبر (قوله ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية صورة الاول أن يشترى المريض شيأ ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بائعه وصورة الثانى أن يوصى بجميع ماله لانسان ثم باع شيا من التركة ووجد المشترى به عيبا لا يرده على الموصى له انتهى أقول فى تصوير الثانى بما ذكر نظر لان الموصى اذا باع شيأ من الموصى به يصير راجعا عن وصيته كما سيجىء تفصيله عن قريب ففى الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية رد المشترى ما اشتراه من الموصى على الموصى له بالعيب لرجوع الموصى عن وصية ما باعه من التركة ببيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية اثبات ملك جديد فلا يتم التقريب (قوله ومن أوصى وعليه دين محيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه أهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع) أقول هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكاة والكفارات فانها واجبة على ما صرحوا به فالاولى فى التعليل البسط بأن يقال لانه حق العبد وأداؤه فرض والوصية تكون بطريق التبرع فى الغالب وقد تكون بطريق الوجوب وذلك فيما اذا كانت لاداء حقوق الله سبحانه وتعالى الفائتة كالحج والزكاة ونحوهما وأياما كان يقدم الدين عليها أما فى الشق الاول فظاهر لان أداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا محالة وأما فى الشق الثانى فلان الدين حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى اذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله تعالى كما عرف فى محله

القبول يلزمه ولا يصح رده على ورثته بلا رضاهم لانه بالرد يملك لهم (قوله الا فى مسئلة واحدة) وهو أن يموت الوصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به فى ملك ورثته استحسانا والقياس أن يبطل الوصية وفى بعض المواضع القياس أن يكون ورثته بمنزلته فى الرد والقبول وفى الاستحسان يلزمهم ذلك ردوا أو قبلوا (قوله ولا تصح وصية الصبى) أى سواء مات قبل الادراك أو بعده وقال الشافعى رحمه الله تصح اذا كان فى وجوه الخير لانه نظر له لصرفه الى نفسه فى نيل الزلفى قال الشافعى رحمه الله على هذه النكتة لا يلزمنى عدم صحة اسلامه فان اسلامه لا يصح بنفسه وقبول الهبة والصدقة لا تصح منه مع ان فى كل منهما نظر اله لان ما فيه منفعة الصبى اذا أمكن تحصيله له بوليه لا يعتبر فيه عقله ورشده والاسلام يحصل له بغيره وكذلك قبول الهبة والصدقة فاما اكتساب الاجر بالوصية فلا يمكن تحصيله له بغيره

(قوله ثم باع شيأ من التركة) أقول أى باع الموصى (قوله لا يرده على الموصى له) أقول بعد موت الموصى (قال المصنف فانه فرض والوصية تبرع) أقول فيه أن بعض الوصايا واجبة كالوصية بالحج والزكاة فالدليل قاصر كما لا يخفى

والاثر

وقوله (والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم) يعنى كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشئ باسم ما كان عليه أو كانت وصيته فى تجهيزه وأمر دفنه ورد بانه صح فى رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التاويل بكونه يافعا مجازا أو بكون الوصية فى التجهيز وأمر الدفن وأجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوى نقله بمعناه وقوله (انه أوصى لابنة عم له بمال) لا ينافى أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه قال الطحاوى والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعى لانه مرسل لانه رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الآية فانها تدل على أن الصبى ممنوع عن ماله وقوله (وهو يحرز الثواب) جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه فى نيل الزلفى وقوله (كما بيناه) اشارة الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ فانه يفيد اما أفضلية الترك فى الثواب أو تساويهما فيه وقوله (والمعتبر فى النفع والضرر) تنزل فى الجواب كانه يقول سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر فى النفع والضرر هو النظر الى أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة ألا ترى أن الطلاق لا يصح منه وان أمكن أن يكون نافعا بان يطلق امرأة معسرة شوهاء ويتزوج باختها الموسرة الحسناء لكون ذلك من العوارض

والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا أو كانت وصيته فى تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر فى النفع والضرر النظر الى أوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافعا فى بعض الاحوال وكذا اذا أوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا أدركت فثلث مالى لفلان وصية لقصور أهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما فى الطلاق والعتاق

(قوله والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا) يعنى كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشئ باسم ما كان عليه كذا فى العناية وغيرها (أو كانت وصيته فى تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا) قال صاحب الغاية وفيه نظر عندى لانه صرح الراوى بانه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يحتمل أن يقال انه كان أدرك لكن سمى غلاما مجازا لانه صح فى رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم انتهى ورده صاحب العناية حاصل نظره والجواب عنه حيث قال ورد بانه صح فى رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا أو بكون الوصية فى التجهيز وأمر الدفن وأجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوى نقله بمعناه وقوله انه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافى أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه أقول ليس ذلك الجواب بسديد أما أولا فلانه اذا كان لفظ اليافع فى الاثر المزبور مجازا عن كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير كان معنى اليافع حقيقة غير مراد فى ذلك الاثر بل غير واقع فى أصل القصة فلو كان الراوى نقله بمعناه الحقيقى لزم أن يكذب فى نقله ولا يخفى ما فيه وأما ثانيا فلان قوله وقوله انه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافى أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه ممنوع جدا فان معنى أوصى له بمال ملكه اياه وما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه لا يكاد أن يكون ملكا لغيره كما لا يخفى نعم لو كان المروى فى الاثر أنه أوصى الى ابنة عم له بكلمة الى بدل كلمة اللام لم يلزم التنافى لان معنى أوصى اليه جعله وصيا فيجوز أن تكون ابنة عمه وصيته فى تجهيزه وأمر دفنه ولما كان المروى فى ذلك أنه أوصى لابنة عم له بمال لم يبق للتأويل المذكور مجال (قوله وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه) قال فى العناية قوله يحرز

(قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا) يعنى كان هو بالغا ولكن كان لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى مراهقا بطريق المجاز الا ترى ان عمر رضى الله عنه لم يستفسر ان وصيته كانت لعمل القربة أو لغيره كذا فى المبسوط (قوله كما فى الطلاق والعتاق) أى لا يملكهما تنجيزا أو تعليقا

(قوله وردبانه صح فى رواية الحديث أنه كان غلاما الى قوله نقله بمعناه) أقول الرد للاتقانى وفى شرح الوجيز للرافعى فى وصية الصبى المميز وتدبيره قولان أرجحهما عند الاستاذ أبى منصور أنهما صحيحان لما روى أن غلاما من غسان حضرته الوفاة وله عشر سنين فاوصى لبنت عم له وله وارث فرفعت القضية الى عمر فاجاز وعن عثمان أجاز وصية غلام ابن احدى عشرة سنة ولان الوصية لا تزيل ملكه فى الحال وتفيد الثواب بعد الموت فتصح كسائر القربات وبهذا القول قال مالك وأحمد والثانى وهو الاظهر عند الاكثرين وبه قال أبو حنيفة انهما باطلان كهبته واعتاقه وذلك لانه لا عبارة له ولهذا لا يصح بيعه وان كان فيه غبطة انتهى (قوله وقوله أنه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافى أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه) أقول لو أريد ذلك لقيل الى ابنة عم له (قوله وهو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الآية) أقول هذه الآية فى أوائل سورة النساء (قوله أو تساويهما فيه) أقول فيه بحث فان التساوى فيه ضعيف ولذلك أورده المصنف بصيغة التمريض (قوله كانه يقول سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب) أقول فيه بحث فان الوصية نوع مضبوط ليس كالطلاق وغيره فليتامل

والوصية في الاصل تبرع والصبي ليس من أهله وقوله (بخلاف العبد والمكاتب) يعني اذا قال العبد أو المكاتب اذا أعتقت فثلث مالي وصية يصح (لان أهليتهما مستتمة) أي تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله (ولا تصح وصية المكاتب) يعني تنجيزه لان الاضافة الى العتق صحيحة كما مر آنفا وقوله (والخلاف فيهما معروف عرف في موضعه) يعني في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من أيمان الجامع الكبير وما عرف ثمة هو أن المكاتب اذا قال كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق

عند أبي حنيفة وعتق عندهما لهما ان ذكر الملك ينصرف الى ملك كامل قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرية ولأبي حنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك أحدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليمين الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله (وتجوز الوصية للحمل) مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة (وبالحمل) كما اذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له أو به ومعرفة ذلك بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ماذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي ومن وقت موت الموصي على ماذهب اليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية (أما الاول) وهو الوصية للحمل (فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله) بعد موته لأنه يملكه في الحال والاستخلاف يصلح له الجنين ارثا فكذا وصية لانهما أختان فان قيل لو كانتا أختين لما جاوز ردها كما لم يجز رده أجاب بقوله (الا أنه) أي فعل الوصية أو الايصاء (يرتد بالرد لما فيه من التمليك) دون الارث لعدم ذلك فيه بخلاف

بخلاف العبد والمكاتب لان أهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال (ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء) لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح وعندهما تصح ردا لها الى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال (وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي أخته الا أنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك

الثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله كما بيناه اشارة الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ فانه يفيد اما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه انتهى أقول فيه اشكال لانه ان أراد أن قوله لما بيناه اشارة الى قوله فالترك أرجح لما فيه من الصدقة الى آخره أي الى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما ينتهي عند قوله وان كانوا أغنياء يلزم أن لا يتم كلام المصنف هنا فانه انما يتمشى في صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى في صورة ان كانوا أغنياء و يلزم أن لا يصح قول الشارح فانه يفيد اما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه اذ الافضلية متعينة حينئذ فلا معنى للترديد وان أراد به قوله الخ قوله والموصى به يملك بالقبول لتناوله صورة ان كانوا أغنياء أيضا يلزم أن لا يجري كلام المصنف هنا وكلام الشارح أيضا في صورة ان كانوا أغنياء الا على القول الضعيف المذكور هناك بقيل وهو التخيير بين الوصية وتركها على القول المختار المذكور هناك أولا وهو كون الوصية أولى من تركها وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال قال بعض المتأخرين هنا بعد نقل ما في العناية وفيه أن التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه في المقصود انتهى أقول ان قوله ولا حاجة اليه في المقصود ليس بصحيح اذ لا أفضلية للترك في صورة ان كانت الورثة أغنياء بل الافضلية فيها للوصية على القول المختار أو الوصية وتركها سيان فيها على القول الضعيف كما تقرر فيما سبق والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعي ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولا ريب أن ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف هنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته في صورة ان كانوا أغنياء الا بالتشبث بالقول الضعيف في تلك المسئلة وهو تساوي الوصية وتركها اذ على القول المختار فيها تكون الوصية أفضل فلا يتيسر احراز الثواب بتركها فتحققت الحاجة الى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر الى تلك الصورة أيضا وعن هذا أورد بعض الفضلاء على ما في العناية ما أورده ذلك ولم يذكر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه في المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوي فيه ضعف ولذلك البعض أورده المصنف بصيغة التمريض انتهى (قوله وتجوز الوصية للحمل و بالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية)

(قوله فتصح اضافته الى حال سقوطه) كما اذا قال اذا اعتقت فثلث مالي لفلان (قوله ردا لها الى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف) أي عند أبي حنيفة رحمه الله لا يعتق وعندهما يعتق (قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) وفي الجامع

(قال المصنف وتجوز الوصية للحمل و بالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر) أقول هذا اذا لم تكن المرأة التي أوصى بحملها معتدة فان كانت معتدة اذا ولدت لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين الوصية أو حين موت الموصي ففي كلامه نوع قصور (قوله واختاره صاحب النهاية) أقول وصاحب الكافي أيضا

بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيأ

أي وتجوز الوصية للحمل مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة و بالحمل كما اذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط أن يعلم أنه موجود في البطن وقت الوصية له أو به بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ماذكره الطحاوي وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي واختاره المصنف أو من وقت موت الموصي بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت موته على ماذكره الفقيه أبو الليث في باب الوصايا والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية هذا زبدة ما في العناية وغاية البيان قال بعض المتأخرين بعد أن شرح المقام بهذا المنوال أقول ليس مبنى هذا الاختلاف على الاختلاف في أنه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصى له و به وقت موت الموصي أو لا بد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذاك دون وقت الايجاب بدليل ما ذكره الامام قاضيخان وسيجيء أيضا أنه لو قال أوصيت بثلث مالي لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ما ترك و بدليل ماذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل أنه اذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيه فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذاك بل خصوصية في المسئلة اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره وهي أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقتئذ لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت الى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه اختلال فاحش فان قوله لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا ممنوع كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان أن المعتبر لصحة الايجاب في الوصايا وجود الموصى به يوم موت الموصي أو وجوده يوم الوصية وذكر هناك أن حاصل هذا الفصل أن الموصى به اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من أوصى لانسان بعين لا يملكه ثم ملكه يوما من الدهر لا تصح الوصية واذا كان العين الموصى به في ملك الموصي يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتتعلق الوصية به فلو قال أوصيت لك بثلث غنمي أو بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية حتى لو وجدت للموصي أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لا يكون للموصى له من الاغنام الحادثة شيء ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم موت الموصي فاذا أوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فان ثلث ماله الذي اكتسبه للموصى له ولم تتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه انتهى فقد ظهر لك بذلك أن المعتبر لصحة الايجاب في أكثر أقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لا وقت الموت فلا معنى لقوله باتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما أي وجود الموصى له و به وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا وقوله في تعليل ذلك لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذاك دون وقت الايجاب ليس بتام لان سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز أن يعتبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب كما يجوز أن يعتبر وجودهما وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هذا منشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما مر من قبل وقوله بدليل ماذكره الامام قاضيخان وسيجيء أيضا أنه لو قال أوصيت لفلان بثلث مالي وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ما ترك ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا على كون المعتبر وقت الموت فيما اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله أوصيت بثلث مالي لفلان لا فيما اذا كان الموصى به معينا كما فيما

وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله وتجوز الوصية للحمل يعني أن الهبة للحمل لا تصح (لانها تمليك محض) والجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض (ولا قدرة لاحد عليه ليملكه شيئا) بحصل الملك فيه بالقبض

الصغير للتمرتاشي أوصى لرجل بما في بطن أمته أو دابته صح اذا ولدته لاقل من ستة أشهر لعلمنا بوجوده عند

نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره فى شرح تلك المسئلة التى ستجىء فى الكتاب هذا اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع فى جميع التركة كما فى اسم المال وأما اذا كان معينا فى نوع من المال فالحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة مانقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آنفا وقوله و بدليل ماذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل أنه اذا أوصى بثلث ماله لبنى فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيه ليس بتام لان ماذكره صاحب المحيط هنالك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه أن يكون الجواب فى غير ظاهر الرواية أيضا كذلك سيما عند الطحاوى فمن أين يثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع ثم يعتبر ذلك من وقت الموت فى ظاهر الرواية وعند الطحاوى من وقت وجود الوصية انتهى وقوله فتبين أن منشا الاختلاف ليس بذاك بل خصوصية فى المسئلة التى اعتبرها الطحاوى ولم يتنبه لها غيره وهو أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لما فى بطنها بكذا كونه موجودا فى بطنها وقتئذ لا يكاد يصح اذ لا نسلم جدا أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لما فى بطنها بكذا كونه موجودا وقتئذ بل يكفى كونه موجودا وقت موت الموصى لثبوت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من أساطين الفقهاء سيما أصحاب ظاهر الرواية أن لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفا ولغة ولا ينبغى أن ينسب الى أحد منهم الغفلة عن شئ من اللغة والعرف فضلا عن الغفلة عنهما معا وقوله لان المعنى لما ثبت وتحقق فى بطنها فى هذا الوقت تحكم بحت بل المعنى لما ثبت وتحقق فى بطنها وأما كون ثبوته فى وقت الوصية أو فى وقت الموت فأمر خارج عن مفهوم نفس اللفظ وانما المعين له شئ آخر هو محل الاجتهاد من الفريقين وقد بينه صاحب البدائع بأن قال وجه ماذكره الطحاوى أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها فى الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى ثم ان ذلك البعض قال واعلم أن فى كلام صاحب الكافى هنا اضطرابا لانه دل أوله على أن اعتبار المدة من وقت الوصية فيهما أى فى الموصى له وبه وآخره دل على أنه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لى وجهه انتهى أقول ان صاحب الكافى قال فى أول كلامه وتجوز الوصية للحمل وبالحمل ان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية ثم قال فى آخره وأما الثانى فلانه تجرى فيه الوراثة فتجرى فيه الوصاية لما مر من أن الوصية أخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت متى جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان أحدهما أن يكون المضاف مقدرا فى قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ولا يخفى أن وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصى فيوافق أول كلامه آخره وقد أشار صاحب معراج الدراية الى تأويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلامه ماذكر فى المبسوط وثانيهما أن يكون مراده بايراد آخر كلامه مخالفا لاوله هو الاشارة الى وقوع الروايتين فى تعيين أول المدة التى يعلم فيها وجود الحمل فى البطن وقد خفى على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال لم يظهر لى وجهه ثم انه أخطأ فى قوله وآخره دل على أنه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل فان الذى فى آخره انما هو الوصية بالحمل لا الوصية للحمل لانه قال فيه وأما الثانى ولا ريب أن الثانى فى قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل هو الوصية بالحمل ثم ان الزيلعى قال فى شرح الكنز وذكر فى الكافى مايدل على أنه ان أوصى له يعتبر من وقت الوصية وان أوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى أقول ليس ذاك أيضا بسديد لان عبارة الكافى فى أول الكلام هكذا وتجوز الوصية للحمل وبالحمل ان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية ولا يخفى أن قوله من وقت الوصية ان لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريبا منه فلا أقل من أن يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالحمل فمن أين يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما اذا أوصى له نعم ماذكره صاحب الكافى فى آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما اذا أوصى بالحمل وبهذا ترد المخالفة بين أول كلامه وآخره

موت الموصى ثم قال الوصية بما فى البطن جائزة اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من موت الموصى لعلمنا بوجوده وقتئذ والطحاوى يعتبر المدة من وقت الوصية فى الوصية للحمل وبالحمل فان ولدت لاكثر من ستة أشهر فلا وصية

واما

(وأما الثانى) وهو الوصية به (فلانه) أى (الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة ولقائل أن يقول فى كلام المصنف تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شئ الا بعد أن يكون موجودا واذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه فى بطن الام فاندفع التناقض وقوله (وبابها أوسع لحاجة الخ) وان اختلج فى ذهنك تناقض آخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بصحتها فى غير الموجود فالجواب ستسمعه ان شاء الله تعالى وقوله (ومن أوصى بجارية) يعنى من قال أوصيت بهذه الجارية لفلان الا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعا (لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا) لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل فى الموضوع ومالا يتناوله اسم الجارية يصح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يتلبس بها وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما فان قيل كيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظى لا يرد على مالا يتناوله اللفظ فالجواب أن صحته باعتبار تقرر ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان الوصية فى الالف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح فى تقرر ملكه فى الفرس لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فان قيل لا نسلم أن اسم الجارية لا يتناول الحمل فانه لو لم يستثن استحقه الموصى له ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من أحواله أجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا يعنى أنه لم يتناوله بالعموم بل يستحق اذا أطلق الموصى عن قيد الافراد فاذا أفرد الام لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية بها

وأما الثانى فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها أوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح فى غير الموجود كالثمرة فلان تصح فى الموجود أولى قال (ومن أوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية

والخاص ما بيناه آنفا من أحد الوجهين فتبصر (قوله وأما الثانى فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل وأما الثانى وهو الوصية به فلانه أى الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة انتهى أقول فيه خلل ظاهر فان زيادة قوله أو الموت فى قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للمشروح تقتضى أن لا يصح قوله وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة اذ على تقدير أن وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى لا يعلم وجوده وقت الوصية أصلا فيما اذا مضت بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الحمل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية وهذا مما لا استرة به (قوله ومن أوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصورة البيع فانه اذا باع جارية الا حملها فسد البيع مع امكان جريان هذا التعليل هنالك أيضا لا يقال انما فسد البيع لاصل وهو أن مالا يصح افراده بعقد لا يصح استثناؤه من ذلك العقد والحمل مما لا يصح افراده بالبيع فلا يصح استثناؤه منه كما مر فى باب البيع الفاسد من كتاب البيوع بخلاف الامر فى الوصية فان افراد الحمل بالوصية يصح فكذا استثناؤه منها كما سيأتى فى التعليل الثانى لانا نقول ذلك الفرق موجب التعليل الآتى وكلامنا فى هذا التعليل الاول فلا معنى للخلاط ثم ان صاحب العناية قال فى شرح أول هذا التعليل لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لانه ليس بموضوع له ولا هو

له الا اذا كانت الام معتدة فله الوصية اذا ولدت الى سنتين للحكم بوجوده بثبات نسبه وصاحب الهداية اختار قول الطحاوى حيث قال اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية فان قيل الوصية تحتاج الى القبول وهو ليس من أهل القبول قلنا الوصية تشبه الميراث وتشبه الهبة لما بينا فلشبهها بالهبة اذا حصلت لمن يتصور القبول منه يشترط القبول ولشبهها بالارث لا يشترط القبول اذا حصلت لمن لا يتصور منه القبول عملا بالشبهين

(قوله فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة) أقول فيه بحث فانها اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من موت الموصى لا يعلم وجود الحمل وقت الوصية اذ قد يكون بين الموت والوصية شهر أو شهران أو أزيد فليتأمل (قوله والجواب ستسمعه) أقول فى آخر باب الوصية بالخدمة والسكنى حيث فرق المصنف بين الثمرة المعدومة والولد المعدوم (قوله ولا هو داخل فى الموضوع) أقول عطف على قوله ليس بموضوع (قوله ومالا يتناوله اسم الجارية يصح استثناؤه) أقول الاستدلال بهذا على عدم صحة الاستثناء أظهر كما لا يخفى على من يعرف معنى الاستثناء ثم قوله صح استثناؤه يعنى لتقرر الملك (قوله لان اسم الجارية يتناولهما) أقول ان أراد مقصودا فليس كذلك وان أراد تبعا فالحمل كذلك (قوله كما لو قال أوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا) أقول فيه بحث فانه صرح فى كتاب الاقرار أن مالا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لا يصح استثناؤه لان الاستثناء تصرف لفظى ولو صح الاستثناء باعتبار تقرر الملك لصح فى الاقرار أيضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل فى الفرق

صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر فى البيوع قال (ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية) لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه فى كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما فى البيع قال (واذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان فى ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصى كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل فى كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة فى الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبنى فيه الموصى والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل فى ملك الموصى من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف فى التابع وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا فى ملكه فاذا أزاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته

داخل فى الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يتلبس بها انتهى أقول مقتضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا صغرى لقياس من الشكل الاول كبراه مطوية هى قوله وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناؤه من الجارية وأن

(قوله اذ لا فرق بينهما) اذ يعتمد كل واحد منهما على أن يكون المحل معلوما فكما لا يصح ايراد العقد على المجهول لا يصح استثناء المجهول منه وهذا لان الاستثناء هو المنع فما يصح اثبات الحكم فيه على الانفراد يصح منع الحكم عنه والاستثناء ههنا موجود لان باب الوصية أوسع فالحمل وان كان يدخل فى الجارية بطريق التبعية يجعله بمنزلة ما تناوله اللفظ فى حق صحة الاستثناء لتوسع باب الوصية كما يجعل المعدوم فيه موجودا لهذا المعنى (قوله واذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح فمثل قوله رجعت عما أوصيت به لفلان أو نحوه وفى الذخيرة والرجوع قد يثبت صريحا وقد يثبت دلالة وقد يثبت ضرورة والرجوع دلالة أنواع أحدها استهلاك الموصى به حقيقة أو حكما حتى ان من أوصى لانسان بثوب فقطعه وخاطه قميصا أو أوصى بقطن فغزله ونسجه أو أوصى بحديدة فاتخذ منها سيفا فهذه التصرفات دلالة الرجوع لانها استهلاك العين حكما ألا ترى انه ينقطع ملك المغصوب منه بهذه التصرفات ونوع من ذلك أن يخلط الموصى به بغيره خلطا لا يمكن التمييز أصلا كما اذا كان الموصى به سويقا فلته بسمن ونوع من ذلك أن يحدث نقصانا فى الموصى به حتى خرج الموصى به عن هيئة الادخار والبقاء الى يوم الموت كما اذا أوصى بشاة لانسان ثم ذبحها فهذا رجوع عن الوصية وأما الرجوع ضرورة أن يتغير الموصى به و يتغير اسمه لان الموصى له انما يستحق الموصى به بعد موت الموصى بذلك الايجاب و بذلك الاسم فاذا تغير الموصى به وتغير الاسم لو استحق الموصى له لا يكون الاستحقاق بذلك الاسم بيان هذا اذا أوصى بحنطة لانسان فهبت الريح بالحنطة وألقتها فى الطاحونة قبل موت الموصى حتى صارت دقيقا بطلت الوصية كذا اذا أوصى بالكفرى فى نخلة فصار رطبا قبل موت الموصى أو أوصى بعنب فى كرمه فصار زبيبا قبل موت الموصى أو أوصى ببيضة فحضنت دجاجته على البيضة حتى أخرجت فراريخ قبل موت الموصى بطلت الوصية وان كان التغير فى هذه المسائل بعد موت الموصى قبل قبول الوصية أو بعده لا تبطل الوصية لان التغير حصل بعد تمام الوصية وعملها لان تمام الوصية بالموت فلا يوجب بطلانها ولو أوصى برطب فصار تمرا قبل موت الموصى لا تبطل الوصية استحسانا بخلاف ما اذا أوصى بعنب فصار زبيبا والفرق ان الرطب مع التمر جنس واحد ولهذا جاز استيفاء أحدهما مكان الآخر فى السلم ولهذا جاز بيع الرطب بالتمر متماثلا عند أبى حنيفة رحمه الله فلم يتغير الموصى به وأما

مفردة وقوله (ولانه يصح) فقد ذكره فى البيوع قال (ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية) الرجوع عن الوصية جائز لوجهين أحدهما أنه تبرع لم يتم لان تمامها بموت الموصى والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم أولى والثانى أن القبول يتوقف على الموت والايجاب المفرد يجوز ابطاله فى المعاوضات كما فى البيع ففى التبرع أولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو أن يقول رجعت عما أوصيت به لفلان وقد يكون دلالة وله أنواع ذكر المصنف لها فى الكتاب ضوابط هى جامعة واضحة

عادة

عادة فصار هذا المعنى أصلا أيضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكره محمد

يكون ذلك القياس وحده دليلا مستقلا على صحة استثناء الحمل فى مسئلتنا هذه لكن فيه بحث وهو أنه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثنائه منها ومعنى الاستثناء يقتضى خلاف ذلك فان معناه هو الاخراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف أو المنع عن دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف فى باب الاستثناء من كتاب الاقرار الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وعلى كل من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه فى الاستثناء الحقيقى الذى هو المتصل وأما المنقطع فصيغة الاستثناء مجاز فيه كما عرف فى محله سيما فى كتب الاصول ويمكن أن يقال ان صيغة الاستثناء وان كانت مجازا فى المنقطع الا أن لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية فى القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح فى فصل الاستثناء فيجوز أن يراد بالاستثناء المذكور فى هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضى تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافى ذلك فيتم التقريب وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله لان اسم الجارية يتناولهما حيث قال ان أراد مقصودا فليس كذلك وان أراد تبعا فالحمل كذلك اه أقول هذا فى غاية السقوط اذ لا شك أن المراد ان اسمها يتناولهما مقصودا وقوله فليس كذلك ليس بشئ اذ لا ريب أن اسم الجارية فيما اذا قال أوصيت بهذه الجارية يتناولها بجميع أجزائها الحقيقية مقصودا اذ لا معنى لايصاء الجارية بدون يدها أو رجلها أو نحو ذلك لامتناع الانتفاع بها بدون أجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الحمل فانه ليس بجزء منها حقيقة قبل الانفصال أيضا بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصاله بها كما صرح به المصنف فى البيوع ويمكن انفكاكها عنه بوضعها اياه فجاز أن لا يكون مقصودا عند ايصائها كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظى لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان الوصية فى الالف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح فى تقرير ملكه فى الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه صرح فى كتاب الاقرار أن ما لا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لا يصح استثناؤه لان الاستثناء تصرف لفظى ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح فى الاقرار أيضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل فى الفرق انتهى وقصد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال فان قلت يشكل حينئذ ما ذكر فى كتاب الاقرار أنه لو قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لى وللمقر له الدار والبناء لان الدار اسم لما أدير عليه الحائط والبناء يدخل تبعا والاستثناء انما يصح مما يتناوله الكلام نصا لا تبعا فلم حكموا ببطلان الاستثناء هنالك ولم يصححوه باعتبار تقرير الملك كما صححوا به هنا قلت انما لم يصححوا ذلك لاستلزامه ابطال حق ثبت بالاقرار ولا يلزم ذلك فى الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غايته أن يحمل الاستثناء على الرجوع عنها فى حق التابع انتهى أقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق

فى فصل العنب الموصى به قد تغير وكذلك الاسم (قوله فكان تقريرا) أى تقريرا للوصية ليصل الموصى به الى الموصى له على ألطف حال (قوله ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكر فى الجامع الكبير وذكر فى المبسوط انه رجوع قيل ما ذكره فى الجامع الكبير محمول على أن الجحود كان عند غيبة الموصى له وهذا لا يكون رجوعا على الروايات كلها وما ذكر فى المبسوط محمول على ان الجحود كان عند حضرة الموصى له وعند حضرته يكون رجوعا وقيل فى المسئلة روايتان وقيل ما ذكر فى الجامع قول محمد وما ذكر فى المبسوط قول أبى يوسف رحمه الله وهو الاصح لابى يوسف رحمه الله ان الرجوع نفى الوصية فى الحال والجحود نفى فى الماضى

وقوله (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد) اعلم أن محمدا ذكر فى الجامع أن جحود الوصية ليس برجوع وذكر فى المبسوط أنه رجوع فمن مشايخنا من حمل المذكور فى الجامع على الجحود فى غيبة الموصى له وهو ليس برجوع فى الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا صح الانكار والانكار على الغائب لا يصح لانه من باب المعارضة المقتضية معارضا والمذكور فى المبسوط محمول على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع فى الروايات كلها لصحة الانكار حينئذ ومنهم من حمل المذكور فى الجامع على صورة الجحود لا على الجحود الحقيقى فانه قال فيه اذا أوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال لقوم

(قوله اعلم أن محمدا ذكر فى الجامع) أقول يعنى فى الجامع الكبير (قوله وهو رجوع فى الروايات كلها) أقول على قول هؤلاء المشايخ

وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فاولى أن يكون رجوعا ولمحمد أن الجحود نفى فى الماضى والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا فى الحال كان الجحود لغوا

ثبت بالاقرار انما يلزم فى تلك المسئلة المذكورة فى كتاب الاقرار على تقدير أن لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للمقر له وأما على تقدير أن يصح الاستثناء فيها فلا يلزم ابطال ذلك أصلا اذ يصير الاقرار حينئذ مخصوصا بما عدا البناء اذ قد تقرر فى مباحث الاستثناء أن حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلا هذه الدار لفلان الا بناءها على تقدير أن يصح الاستثناء غير بناء هذه الدار لفلان وبهذا يندفع التناقض المتوهم بين أول الكلام وآخره فى أمثلة الاستثناء فظهر أنه لو صح الاستثناء فى مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار قط ثم ان المصير الى حمل الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية فى حق التابع ليس بسديد أيضا اذ لو كان الامر كذلك لما احتيج الى شئ من التعليلين المذكورين فى الكتاب لمسئلتنا هذه ولزم أن يكون ذلك من قبيل التزام ما لا يلزم فان مسئلة جواز الرجوع عن الوصية ستجئ بتفاصيلها وتفاريعها بعيد هذه المسئلة (قوله وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فاولى أن يكون رجوعا) قال بعض المتاخرين قلت هذا كلام ظاهرى والا فالنفى فى الرجوع عنها بمعنى فسخها ورفعها وفى الجحود بمعنى سلبها ونفى وقوعها وأين هذا من ذاك اه أقول ليس المراد بقول أبى يوسف أن جحود الوصية يكون رجوعا عنها أن الجحود والرجوع متحدان معنى بل المراد أنهما متحدان حكما وهو ابطال الوصية بان لا يثبت الملك للموصى له فى تركة الموصى فكون النفى فى الرجوع بمعنى الفسخ وفى الجحود بمعنى سلب الوقوع انما ينافى الاتحاد فى المعنى لا الاتحاد فى الحكم ومبنى استدلاله المذكور على الثانى دون الاول فلا محذور على أن ماذكره ذلك البعض على تقدير وروده انما يؤل الى ماذكره المصنف فى التعليل الثانى لمحمد رحمه الله كما لا يخفى على المتامل فلا وجه لنسبته الى نفسه بقوله قلت (قوله ولمحمد أن الجحود نفى فى الماضى والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا فى الحال كان الجحود لغوا) قال صاحب العناية فى شرح هذا التعليل ولمحمد أن الجحود وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما أوصيت له نفى فى الماضى لكونه موضوعا لذلك والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك ان ثبت ما لم يتغير واذا كان الكذب ثابتا فى الحال لكونه كاذبا فى جحوده اذ الغرض أنه أوصى ثم جحد كان النفى فى الماضى باطلا فيبطل ماهو من ضرورته وهو الانتفاء فى الحال فكان الجحود لغوا انتهى أقول فيه خلل أما أولا فلانه جعل اسم كان فى قول المصنف واذا كان ثابتا فى الحال الكذب وليس بمستقيم لان الكذب مما لم يتقدم ذكره فى كلام المصنف لا لفظا ولا معنى ولا حكما فكيف يصح أن يكون اسم كان فى قوله المذكور ضميرا راجعا الى الكذب وأما ثانيا فلانه لو كان المراد ذلك لزم أن يكون قول المصنف فى الحال فى قوله واذا كان ثابتا فى الحال مستدركا لا طائل تحته فان ثبوت الكذب فى الجحود يقتضى كون الجحود لغوا من غير فصل بين أن يكون ثبوت ذلك فى الحال أو فى غيره من الازمان وأما ثالثا فلانه لو كان المعنى ذلك لما تحقق

والحال فاولى أن يكون رجوعا الا ترى ان جحود التوكيل عزل وجحود المتبايعين اقالة ولمحمد رحمه الله ان الرجوع عن الشئ يقتضى سبق وجود ذلك الشئ وجحود الشئ يقتضى سبق عدمه اذ الجحود نفى أصل العقد فلو كان الجحود رجوعا لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال أو يقال العدم فى السابق من لوازم الجحود والوجود فى السابق من لوازم الرجوع وتنافى اللازمين يستلزم تنافى الملزومين والا يلزم أحد المحالين وهو الجمع بين اللازمين المتنافيين أو وجود الملزوم بدون اللازم فكان بين الرجوع والجحود منافاة ضرورة كونهما ملزومين فلا يكون الجحود رجوعا لان أحد المتنافيين لا يكون مستلزما للآخر ولهذا لا يكون جحد النكاح فرقة (قوله واذا كان ثابتا فى الحال كان الجحود لغوا) وذلك لان الجحود لما كان نفيا فى الماضى والانتفاء فى الحال ضرورى فيكون النفى فى الماضى متضمنا للانتفاء فى الحال فهما كان كاذبا فى النفى

او

اشهدوا انى لم أوص لفلان لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا رجوعا لان قوله اشهدوا انى لم أوص لفلان طلب شهادة الزور ومنهم فيكون معناه قد أوصيت لفلان بكذا الا أنى سألتكم أن تشهدوا لى بالباطل وطلب شهادة بالباطل لا يكون رجوعا لانه ليس بجحود حقيقة وما ذكره فى المبسوط على الجحود الحقيقى وهو رجوع على الروايات كلها ومنهم من قال المذكور فى الجامع جواب القياس والمذكور فى المبسوط جواب الاستحسان ومنهم من قال فى المسئلة روايتان قال شيخ الاسلام وهو الاصح ومنهم من قال المذكور فى الجامع قول محمد والمذكور فى المبسوط قول أبى يوسف قال شمس الائمة السرخسى هو الاصح لان المعلى قال فى نوادره قال سألت أبا يوسف عن رجل أوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا وسألت محمدا قال لا يكون الجحود رجوعا وهو مختار المصنف واستدل لابى يوسف بان الرجوع نفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال واذا كان نفى الحال وحده رجوعا فنفى الماضى والحال أولى أن يكون رجوعا (ولمحمد أن الجحود) وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما أوصيت له (نفى فى الماضى) لكونه موضوعا لذلك والانتفاء فى الحال

ضرورة ذلك لاستمرار ذلك ان ثبت ما لم يتغير واذا كان الكذب ثابتا فى الحال لكونه كاذبا فى جحوده اذ الغرض أنه أوصى ثم جحد كان النفى فى الماضى باطلا فيبطل ماهو من ضرورته وهو الانتفاء فى الحال فكان الجحود لغوا وفى بعض الشروح جعل اسم كان فى قوله واذا كان ثابتا فى الحال الوصية وفى بعضها الحق وكلاهما مصادرة عن المطلوب فتامل وقوله (أولان الرجوع اثبات فى الماضى ونفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال) دليل آخر تحقيقه أن أحدهما مركب من النفى والاثبات والآخر مجرد النفى فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا العكس أيضا وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه قال فى الدليل الاول ان الجحود نفى فى الماضى والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك وههنا

أولان الرجوع اثبات فى الماضى ونفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة (ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا) لان الوصف يستدعى بقاء الاصل (بخلاف ما اذا قال فهى باطلة) لانه الذاهب المتلاشى (ولو قال أخرتها لا يكون رجوعا) لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين (بخلاف ما اذا قال تركت) لانه اسقاط (ولو قال العبد الذى أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا) لان اللفظ يدل على قطع الشركة (بخلاف ما اذا أوصى به لرجل ثم أوصى به

الفائدة من قول المصنف والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك فانه اذا كان الكذب فى جحوده ثابتا بناء على كون الغرض أنه أوصى ثم جحد كان جحوده لغوا باطلا لا حكم له أصلا سواء كان الانتفاء فى الحال من ضرورة ذلك أولم يكن من ضرورته ثم قال صاحب العناية وفى بعض الشروح جعل اسم كان فى قوله واذا كان ثابتا فى الحال الوصية وفى بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتامل انتهى أقول فيه نظر لان المصادرة على المطلوب انما تلزم أن لو كان معنى كلام المصنف واذا كان الوصية أو الحق ثابتا فى الحال لعدم كون الجحود رجوعا كان الجحود لغوا وليس معناه ذلك بل معناه واذا كان الايصاء أو الحق ثابتا فى الحال لكونه كاذبا فى جحوده اذ الغرض أنه أوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغوا حيث كان النفى فى الماضى باطلا لظهور الكذب فبطل ماهو من ضرورته وهو الانتفاء فى الحال ولا مصادرة فى هذا كما لا يخفى على ذى مسكة (قوله أولان الرجوع اثبات فى الماضى ونفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة) قال فى العناية فيه نظر من وجهين أحدهما أنه قال فى الدليل الاول ان الجحود نفى فى الماضى والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك وهنا قال والجحود نفى فى الماضى والحال وبينهما تناف والثانى أنه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول أن قوله نفى فى الماضى والحال معناه نفى فى الماضى وضعا وحقيقة وفى الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا تنافى وعن الثانى بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضى متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز فى الالفاظ الشرعية على ما قررناه فى الانوار والتقرير انتهى أقول يرد على جوابه عن النظر الثانى أن جواز استعمال الجحود فى الرجوع مجازا لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التضاد بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز فى الالفاظ الشرعية أن لا يجوز استعمال الجحود فى الرجوع مجازا أصلا بل يجوز أن تكون العلاقة بينهما اشتراكهما فى معنى خاص وهو كونهما نافيين فى الحال وان كان الجحود نافيا فى الماضى أيضا كما أفصح عنه فى غاية البيان وعن هذا قال فى الذخيرة والمبسوط والاصح قول أبى يوسف رحمه الله ووجهه أن الجحود كذب حقيقة الا أنه يحتمل الفسخ مجازا فيحمل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام

لم يثبت المتضمن واذا لم يثبت هو لم يثبت المتضمن فيبقى الحق ثابتا فى الحال (قوله لان اللفظ يدل على قطع الشركة) وهذا لان هذا اللفظ يقطع شركة الاول عن الثانى بخلاف ما لو أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لان اللفظ لا يقتضى قطع الشركة ولهذا لو جمع بينهما بان قال هو لفلان ولفلان لا يقطع شركة الاول

قال والجحود نفى فى الماضى والحال وبينهما تناف والثانى أنه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول أن قوله نفى فى الماضى والحال معناه نفى فى الماضى وضعا وحقيقة وفى الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا تنافى وعن الثانى بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضى متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز فى الالفاظ الشرعية على ما قررناه فى الانوار والتقرير ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة يعنى مستعارا للطلاق لان الجحود يقتضى عدم النكاح فى الماضى والطلاق يقتضى وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر وقوله (ولو قال كل وصية أوصيت بها) واضح وقوله (لان اللفظ يدل على قطع الشركة) قيل لانه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك وانما جعل تلك الوصية بعينها

(قوله واذا كان الكذب ثابتا فى الحال) أقول لا يخفى عليك أن الكذب غير مذكور هنا ولا هو فى حكم المذكور حتى يرجع اليه الضمير وأيضا اذا كان المراد ذلك كان التقييد بقوله فى الحال خاليا عن الفائدة (قوله وكلاهما مصادرة عن المطلوب) أقول فيه بحث فانه اذا جعل اسم كان ضمير الوصية واستدل على صدق المقدم بما ذكره كما فعله الاتقانى لا يلزم المصادرة فان المدعى هو عدم كون الجحود رجوعا كما لا يخفى (قوله والجواب عن الاول أن قوله الخ) أقول ويجوز أن يجاب عنه أيضا بانه مبنى على التنزل والتسليم (قوله وعن الثانى بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضى الخ) أقول وقد سبق منه أيضا فى باب الوكالة بالخصومة والقبض

لا آخر) لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها، وكذا اذا قال فهو لفلان وارثى يكون رجوعا عن الاول) لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى فالوصية الاولى على حالها) لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثانى ولم يتحقق فبقى للاول (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهى للورثة) لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

(باب الوصية بثلث المال)

قال (ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما) لانه يضيق الثلث عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وان أوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثا) لان كل واحد منهما يدلى بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما فى أصحاب الديون فيجعل الاقل سهما والاكثر سهمين فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب الاقل وسهمان لصاحب الاكثر (وان أوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما وقال أبو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا فى المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) لهما فى الخلافية

العاقل عن الالغاء بقدر الامكان وأمكن حمله على الفسخ لان الموصى ينفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والاجارة اذا جحد أحد المتعاقدين لان هناك تعذر حمله على الفسخ لان أحد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا نقول بانفساخ العقد وبخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الاصل بان قال لم أتزوجك لان هناك أيضا تعذر حمله على الفسخ لان النكاح لا يحتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق اذ لا مشابهة بينهما لان الجحود ينفى العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفيه انتهى تبصير

(باب الوصية بثلث المال)

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التى تتعلق به فى

(قوله وقد ذكرنا حكمه) وهو ان الورثة بالخيار ان شاؤا اجازوا وان شاؤا ردوا (قوله فهى للورثة) أى لورثة الموصى لا لفلان ولا لورثته والله أعلم

(باب الوصية بثلث المال)

(قوله ولا يضرب أبو حنيفة رحمه الله للموصى له بما زاد على الثلث) قالوا ضرب فى ماله سهما أى جعل وعلى هذا فى المختصر أبو حنيفة رحمه الله لا يضرب الموصى له فيما زاد على الثلث على حذف المفعول كأنه قيل لا يجعل له شيأ فيه ولا يعطيه كذا فى المغرب (قوله الا فى المحاباة) وصورتها أن يكون له عبدان قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بان يباع واحد منهما لفلان بمائة والآخر لفلان آخر بمائة فههنا قد حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة وذلك كله وصية لانه فى حال المرض فان لم يكن له مال غير هذين العبدين ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما أثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهى الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهى خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبى حنيفة رحمه الله وجب أن لا يضرب الموصى له بالالف بجميع الالف لانها تزيد على ثلث المال وصورة السعاية أن يوصى بعتق عبديه وقيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما ان أجازت الورثة يعتقان جميعا وان لم يجيزوا يعتقان من الثلث وثلث ماله ألف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذى قيمته ألفان ويسعى فى الباقى والثلث للذى قيمته ألف ويسعى فى الباقى (قوله والدراهم المرسلة) أى المطلقة وهى ما كانت وصية بشئ بغير عينه ولم ينسب الى جزء من المال وهى أن يوصى لرجل بالف وللآخر بالفين وثلث ماله ألف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما أثلاثا كل واحد منهما يضرب

ان

لغيره وقوله (لما بينا) اشارة الى هذا التعليل وقوله (وقد ذكرنا حكمه) يريد به ما تقدم من التوقف على اجازة بقية الورثة فان أجازوا جاز والا فلا

(باب الوصية بثلث المال) لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التى تتعلق به فى هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب قال (ومن أوصى لرجل بثلث ماله الخ) ومن أوصى لرجل بثلث ماله ثم أوصى لآخر أيضا بذلك فالورثة اما أن يجيزوها أو لا فان أجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث وان لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان اذ لا تزيد على الثلث حينئذ وليس أحدهما أولى به من الآخر فتساويا فى سبب الاستحقاق والتساوى فيه يوجب التساوى فى الاستحقاق فان كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان لم يكن كرجلين أقاما البينة على نكاح امرأة تبطل البينات جميعا وقوله (وان أوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس) واضح وقوله (ولا يضرب أبو حنيفة)

أى لا يجعل من ضرب فى ماله سهما أى جعل ومفعول لا يضرب محذوف أى لا يضرب شيأ وصورة المحاباة عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بان يباع أحدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فانه حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة والكل وصية لانه فى حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما أثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهى الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهى خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبى حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بالالف فى أكثر من خمسمائة وصورة السعاية أن يوصى بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما ان أجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا اعتقا من الثلث وثلث ماله ألف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذى قيمته ألفان ويسعى فى الباقى والثلث للذى قيمته ألف ويسعى فى الباقى وصورة الدراهم المرسلة أى المطلقة هى أن يوصى لرجل بالفين وللآخر بالف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما أثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية فى مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصف ماله أو بجميع ماله لان اللفظ فى مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث (لهما فى الخلافية) وهى ما اذا أوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلثه (ان الموصى قصد شيئين الاستحقاق) على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض (وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت

أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما فى المحاباة وأختيها وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلا والتفضيل يثبت فى ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة فى ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا فى الجملة بدون اجازة الورثة بان كان فى المال سعة فتعتبر فى التفاضل لكونه مشروعا فى الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث

هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا فى النهاية والعناية (قوله وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) أشار بهذا الكلام الى صورة نقض ترد على وجه الفرق لابى حنيفة رحمه الله بين المسائل الثلاث المجمع عليها وبين الخلافية وهى على ما ذكر فى الكافى ومعراج الدراية ما اذا أوصى بعبد بعينه لانسان قيمته ألف وبعبد آخر بعينه لانسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فان الخلاف المذكور ثابت فيه أيضا مع انه يتصور هنالك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما فى جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة لاحتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث وقال تاج الشريعة وصاحب العناية فى تصوير صورة النقض ههنا بان كان عبدا أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال اهـ (أقول) فيه خلل لان الموصى به يصير اذ ذاك هو العبد وثلث المال ولا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى له فى جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة وان زاد مال الميت جدا لان العبد يكون زائدا على الثلث فى تلك الصورة لا محالة ولا يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للمسائل الثلاث المجمع

بجميع وصيته لان الوصية فى مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا أوصى له بثلث ماله وللآخر بنصف ماله أو بجميع ماله لان اللفظ فى مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر أو خرج له مال آخر تدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث كذا فى شرح الطحاوى (قوله كالمحاباة الثابتة فى ضمن البيع) أى تبطل المحاباة ببطلان البيع وتصح بصحته (قوله بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته) وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من

كما فى المحاباة) والسعاية والدراهم المرسلة ولابى حنيفة أن الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله أن التفضيل انما يثبت بناء على الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت فى ضمنه (كالمحاباة الثابتة فى ضمن البيع) تبطل ببطلان البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقى كل منهما موصى له بالثلث وفى ذلك يتساويان فكذلك ههنا (بخلاف مواضع الاجماع) يعنى المحاباة وأختيها وهو واضح وقوله (وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته) صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها وقوله (وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) يعنى بان كان عبدا أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان

(قوله أى لا يجعل من ضرب فى ماله سهما) أقول المراد بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب وتفصيله فى شرح الوقاية لصدر الشريعة (قوله وصورة الدراهم المرسلة أى المطلقة) أقول يعنى غير المقيدة بانها ثلث أو نصف أو نحوهما كذا فى صدر الشريعة (قوله صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها) أقول أى على دليلها

وان احتمل أن يكتسب هذا العبد الا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال وقوله (لان هنالك الحق تعلق بعين التركة) يعنى أن حق الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وان استفاد مالا آخر وحق الورثة أيضا يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين بخلاف الالف المرسلة ولهذا لو هلكت ينفذ فيما يستفاد فلم تتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه قال (ومن أوصى بنصيب ابنه) ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن صحت (وان أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) كان له ابن أو لم يكن (لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز (والثانى وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشئ غيره وان كان يتقدر بقدره)

وقال زفر جازت الاولى كالثانية نظرا الى حال الوصية فان المال كله له فى ذلك الحال لكونه حيا بعد وللمالك أن يتصرف فى ملكه كيف يشاء (وجوابه ما قلنا) وهو قوله لان الاول وصية بمال الغير (قوله ولو أوصى بسهم من ماله) معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص منه فان قيل أخس الانصباء أقله الثمن أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه بما ذكر فى الكتاب من الاثر واللغة أما الاثر فما روى عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم فيما يروى أن السهم هو السدس وأما اللغة فان اياس بن معاوية قاضى بصرة قال السهم فى اللغة عبارة عن السدس واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين فى هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شئ وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال فى الكافى فعلى رواية الاصل جوز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس فى رواية المبسوط وقوله (ولا يزاد عليه) ليس فى رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما أنه جمع بينهما وهذا

لان هنالك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفى الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال (واذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثانى وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشئ غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز فى الاول أيضا فينظر الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه

عليها حيث أمكن فى هاتيك المسائل الثلاث تنفيذ الوصية فى جميع ما سماه لهما فى الجملة بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لان تكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبى حنيفة هنا بل انما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل (قوله لان هنالك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفى الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة) هذا هو الجواب عن النقض الذى أشار اليه آنفا قال الزيلعى فى التبيين بعدما نقل ما فى الهداية هنا وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث اه (أقول) ليس هذا النقض بوارد لان المحاباة متعلقة بالثمن الا بالعين وقد أفصح عنه صاحب الكافى حيث قال والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسلة وكذا بالمحاباة لانها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسل اه (قوله ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه) اعلم أن هذا المحل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تحير الشراح فى حله فقال أكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص عنه (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة انه لو كان المراد هذا المعنى لما كان لاداته بمثل هذا التركيب المعضل المشوش وجه وهل يليق هذا بمنصب المصنف وقال بعضهم معنى قوله ولا يزاد عليه فى هذه الصورة المستثناة فى الكتاب وهى

الثلث لان هنالك الحق تعلق بعين التركة أى حق الموصى له تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وحق الورثة متعلق بعين التركة أيضا فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين بخلاف الالف المرسلة لان الوصية فيها لا تتعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت ينفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه (قوله واذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة) وكذا لو أوصى بنصيب ابنته هذا اذا كان الابن أو الابنة موجودا أما اذا لم يكن فالوصية جائزة (قوله فنظر الى الحال) أى فنظر زفر رحمه الله الى الحال أى الى ان الكل ماله فى الحال وذكر نصيب الابن للتقدير (قوله جوابه ما قلنا) أى انه وصية بمال الغير (قوله ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الا ان ينقص من السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله فهذه

(قوله ولم يجوز النقصان عن السدس) أقول الى هنا لفظ الكافى (قوله وقوله ولا يزاد عليه الخ) أقول فيه تامل فان الظاهر ان المراد نفى الزيادة على السدس اذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقا فحينئذ يكون ما فى الكتاب رواية الجامع الصغير

وهذا عند أبى حنيفة وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث الا أن يجيز الورثة) لان السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما فى الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضى الله عنه وقد

ما اذا كان أخس السهام أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما فى الكتاب ساكتا عن بيان الحكم اذا كان أخس السهام أزيد من السدس اه (أقول) لا يخفى على الفطن ان قول المصنف رحمه الله فى تعليل قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة وله أن السهم هو السدس الخ يقتضى أن يكون ما للموصى له فى هذه المسئلة عنده هو السدس مطلقا أى سواء كان أخس السهام هو السدس أو ناقصا عنه أو زائدا عليه فلا مجال لان يكون ما فى الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور فان فى رواية الجامع الصغير تجوز الزيادة على السدس دون النقصان عنه والتعليل المذكور ينافى ذلك وقال صاحب العناية فان قيل أخس الانصباء أقله والثمن أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه لما ذكره فى الكتاب من الاثر واللغة اه (أقول) الجواب منظور فيه لان ما ذكر فى الكتاب انما يستدعى جعل السهم بمعنى السدس لا جعل أخس الانصباء الذى هو أقلها بمعنى السدس وكلام السائل فى الثانى دون الاول كما ترى والحق فى الجواب ما يفهم مما ذكر فى النهاية نقلا عن المبسوط وهو ان أقل الانصباء باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس وأما الثمن فانما هو أقلها باعتبار العارض وهو الزوجية وما يكون عارضا فى مزاحمة ما هو أصل كالمعدوم فيحمل اللفظ على أقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين فى هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شئ وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال فى الكافى فعلى رواية الاصل جوز أبو حنيفة النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس فى رواية المبسوط وقوله ولا يزاد عليه ليس فى رواية الجامع الصغير فاما أنه اطلع على رواية غيرهما واما أنه جمع بينهما الى هنا لفظ العناية (أقول) كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح فى الكافى بان أبا حنيفة جوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب العناية ما فى الكافى على وجه الارتضاء ومعنى رواية المصنف على ما صرح به الشارح المزبور فى صدر المسئلة ان أبا حنيفة رحمه الله لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتى المبسوط والجامع الصغير لا تحتمل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه لقوله واما انه جمع بينهما وأورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزاد عليه ليس فى رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تامل فان الظاهر ان المراد نفى الزيادة على السدس اذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقا فحينئذ يكون ما فى الكتاب رواية الجامع الصغير اه (أقول) ليس هذا بمستقيم فان التعليل الذى ذكره المصنف من قبل أبى حنيفة رحمه الله تعالى بقوله وله أن السهم هو السدس الخ يقتضى لا محالة أن يكون المراد بما فى الكتاب نفى الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضى أن يكون المراد به نفى النقصان عن السدس مطلقا فلا مجال لان يكون المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لان يكون المراد به رواية الاصل وقد كنت

الرواية تفيد انه لا ينقص عن السدس ولا يزاد عليه وفى المبسوط اذا أوصى لرجل من ماله فله مثل أخس سهام ورثته الا ان يكون أخس سهام الورثة أكثر من السدس فلا يزاد عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال فى الجامع الصغير له أخس سهام الورثة الا أن يكون أقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس فعلى رواية الاصل جوز أبو حنيفة رحمه الله النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية الهداية تخالفهما

(وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث الا أن يجيزه الورثة) ومفزعهما العرف (فان السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما فى الوصية والاقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد) أى الاقل (على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة) ولابى حنيفة ما ذكرناه آنفا فى جواب السؤال من أثر ابن مسعود وقول اياس

وقوله (ولانه يذكر ويراد به السدس الخ) مشكل وذلك لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ماذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما وفسر الاولى بعض الشارحين فقال يعني ان كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لماذكرنا أن السهم عبارة عن السدس وان كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وان كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لماذكر في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فما ثم عمل بالدليلين وأما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما يؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس وأيضا قوله (ماذكرنا)

ان أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة

رفعه الى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ماذكرنا

نبهت عليه فيما مر آنفا (قوله ولانه يذكر ويراد به السدس الخ) قال صاحب العناية قوله ولانه يذكر ويراد به السدس الخ مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ماذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما وفسر الاولى بعض الشارحين فقال يعني ان كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لماذكرنا أن السهم عبارة عن السدس وان كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وان كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فما ثمة عمل بالدليلين اه واعترض بعض الفضلاء على قوله وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقا بل على تقدير كون أخس السهام ناقصا عن السدس فيصلح ذلك دليلا لما في الكتاب اه (أقول) قد مر منا غير مرة أن قول المصنف رحمه الله في تعليل هذه المسئلة من قبل أبي حنيفة بقوله وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام يقتضي كون المراد من مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقا فلا يصلح ماذكره بعض الشارحين دليلا عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية وأما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما فتؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس وأيضا قوله ماذكرنا ان أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اياس وان أراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس اه وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن قوله وأيضا قوله ماذكرنا الخ حيث قال لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن

حيث لم يجز الزيادة ولا النقصان وقيل عن هذا الحق بهذا الموضع الامام جلال الدين ابن المصنف قوله وفي رواية الا ان يزيد على السدس فيكون له السدس وقال له مثل نصيب أحد الورثة أي له أقل الانصباء لكن ذلك الاقل لو زاد على السدس يزاد عندهما ولكن لا يزاد على الثلث صورة هذه المسئلة اذا أوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا يعطى له السدس في قول أبي حنيفة وعندهما يعطى له الربع قوله هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام روي ان ابن مسعود رضي الله عنه سئل عمن أوصى بسهم من ماله فقال له السدس وروي ان رجلا أوصى بسهم من ماله فقضى رسول الله عليه السلام في ذلك بالسدس (قوله فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس) وهو اياس بن معاوية القاضي بالبصرة (قوله فيعطى ماذكرنا) أي الاقل من سهام الورثة ومن

بالدليل لانه يتم بقول اياس وان أراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس وأرى أن المراد بقوله ماذكرنا هو الاقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ماذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما ترى تعمية وان كان غير ذلك فالله أعلم به وجهد المقل دموعه وصورة المسئلة ما اذا أوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول

(قوله وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه) أقول فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقا بل على تقدير كون أخس السهام ناقصا من السدس فيصلح ذلك دليلا لما في الكتاب نعم قالوا يرد عليه أن العمل بالدليلين يوجد اذا أعطى السدس اذا كان أخس السهام أكثر وأعطى ذلك اذا كان أقل مع ان فيه العمل بالمتيقن فجعل ماذكر دليلا لرواية المبسوط أولى كما لا يخفي (قوله وأيضا قوله ماذكرنا الخ) أقول لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه بأثر ابن مسعود فليتأمل (قوله وأرى أن المراد بقوله ماذكرناه والاقل) أقول كيف يراد ماذكره وأثر ابن مسعود يدل على تعين السدس فلا يستقيم التفريع في قوله فيعطى وأرى أن ذلك ليس اشارة الى رواية المبسوط ولا الى رواية الجامع الصغير والا فيلزم المخالفة بين الدليلين فتدبر (قوله على رواية الجامع الصغير يعطى السدس) أقول بل ذلك

أبي حنيفة وعندهما يعطى الربع أي مثل الربع فيعطى الخمس تجعل المسئلة على

قوله على ستة لحاجتنا الى السدس

قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال (ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم) لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان قال (ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس

السهم يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه بأثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتأمل اه (أقول) ليس هذا بشيء لان أثر ابن مسعود رضي الله عنه هو الدليل الاول فلو كان معنى الدليل الثاني ماذكره ذلك القائل كان مدار هذا الدليل أيضا أثر ابن مسعود فيلزم التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية وأرى أن المراد بقوله ماذكرنا هو الاقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ماذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين اه (أقول) هذا الذي ذهب اليه سقيم جدا لا ينبغي أن يريده العاقل فضلا عن مثل المصنف الفطن الكامل فان قوله فيعطى ماذكرنا مذكور بصدد اقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الاشارة في الدليل الى ما يخالف المدعى وينافيه ثم ان كون المذكور في الكتاب مركبا من روايتي المبسوط والجامع الصغير مما لا مجال له كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو مركب من روايتين (قوله ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان) قال صاحب التسهيل أقول دلت هذه المسئلة على ان أحدا لو أقر بمجهول كقوله لفلان على دين ولم يبين قدره فمات مجهلا يجبر ورثته على البيان وكذا لو أقيم البينة على اقراره بمجهول ينبغي أن يقبل ويجبر ورثته على البيان اه ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت ماذكره قياس مع الفارق لان الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له فاذا فات الجبر في حياته بوفاته سقط سيما اذا كان بتقصير من المقر له فلم ينب عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احياء لحق ثابت اه (أقول) ليس هذا بسديد لانهم صرحوا بان ليس من شرط القياس أن يكون المقيس في معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكفي الاشتراك في علة هي مدار الحكم في المقيس عليه فمجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الاقرار بالمجهول في كون تعلق حق الغير به في الاقرار من وقت الاقرار وفي الوصية بعد الموت لا يضر بصحة القياس المفهوم مما ذكره صاحب التسهيل وانما يضر بها الفرق في العلة التي هي مدار الحكم وهو ليس بمحقق هنا فانه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون مقام الموصي احياء حق ثابت بالوصية كان ينبغي أن يثبت الجبر بالبيان لورثة المقر بالمجهول أيضا اذا مات مجهلا احياء لحق ثابت بالاقرار فقول ذلك البعض فاذا فات الجبر في حياة المقر بوفاته سقط ان أراد به أنه سقط عنه الحق أصلا فليس بصحيح اذ لا شك أنه لا تسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته وان أراد به أنه سقط عنه الجبر لعدم امكانه وان كان بقي أصل الحق عليه فهو مسلم لكن لا نسلم قوله فلم ينب عنه ورثته فانه لما بقي حق المقر عليه وكان ذلك عليه مجهولا محتاجا الى البيان لعدم امكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزا عن البيان بعد موته كان ينبغي أن ينوب عنه ورثته في البيان كما في الوصية بالمجهول تامل تقف (قوله ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس

السدس للتيقن به أو الاكثر منهما كيلا ينقص من السدس على حسب اختلاف الروايتين ورواية هذا الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه لا يوافقها قوله فيعطى ماذكرنا على هذا التفسير

للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في أصل المسئلة مخرج الكسر وهو أربعة تبلغ أربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في أربعة فهو أربعة وهو سدس المال يبقى عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزاد مثل أخس سهام الورثة وهو واحد على الفريضة وهي أربعة فتصير خمسة يعطى الموصى له سهما والزوج سهما وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت وانما كان كذلك لان الموصي أوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشئ غيره فيزاد مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع وأما على رواية الاصل فتخريجه كتخريجهما وعلى هذا قس أمثالها وخرجها على الروايتين وقوله (قالوا) أي مشايخنا (كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء) ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية (والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان)

رواية المبسوط على ما نقله من الكافي وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له الربع (قوله وأما على رواية الاصل فتخريجه الخ) أقول فيه نظر بل على رواية الجامع الصغير تخريجه كتخريجهما

ولو أوصى ببعض من ماله أو بطائفة أو بنصيب أو بشئ فالحكم كذلك وقوله (وأجازت الورثة فله ثلث المال) فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والالم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد بها ايجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث وقوله (والمعرفة متى أعيدت يراد بالثاني عين الاول) قد قررناه في التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى قال (ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه) ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه (فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما) أي من الهالك والباقي (مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي منه عليها وصار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة) وهو القياس (ولنا أن هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم في الواحد) أي يمكن جمع حق شائع لكل واحد (في فرد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة) مع ما فيه من الجمع واذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديما للوصية على الارث لان الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال اشتمل على أصل وتبع اذا هلك شئ منه أن يجعل الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك الى الربح الذي هو تبع لا الى رأس المال (وصارت الدراهم) أي صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد ولو أوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا وقوله (بخلاف الاجناس المختلفة) جواب عن قول زفر كما اذا كانت التركة أجناسا ووجهه أن الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقون فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقي الكل مشتركا بين الورثة والموصى له أثلاثا فما هلك هلك على الشركة وما بقي بقي عليها أثلاثا وظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلث ثيابه وأما اذا أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه من جنس واحد أو بثلث ثلاثة من الدور فليس له الا ثلث الباقي لكثرة التفاوت هكذا أجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلف المشايخ

آخر له ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد) لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة اذا أعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال (ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي) وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم في الواحد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال (ولو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب) قالوا هذا اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجرى فيه الجمع جبرا بالقسمة (ولو

آخر له ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه) لان الكلام الثاني يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد به ايجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفا وعند الاحتمال لا يثبت له الا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلا في الثلث حملا لكلامه على المتيقن هذا زبدة ما في الشروح قال بعض المتأخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال هكذا قالوا وهذا كما ترى حمل للكلام على أحد محتمليه ولك أن تقول لما كان الكلام محتملا للمعنيين وكان القدر الثابت به بيقين على الاحتمالين الثلث قلنا

(قوله المعرفة اذا أعيدت يراد بالثاني عين الاول وهو المعهود في اللغة) أي الاعم الاغلب أما اذا دل الدليل على انه أريد بالثاني غير الاول لم يكن عينه اذا كما في قوله تعالى انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب (قوله وصارت الدراهم كالدرهم) يعني لو أوصى بالدرهم الواحد وله ثلاثة دراهم فهلك اثنان فله الدرهم الباقي ان خرج من ثلث ما بقي من ماله بالاتفاق فكذا الوصية بالدراهم وانما يصرف الهلاك أو الاستحقاق على الشركة ويجعل الباقي على الشركة لو استوى الحقان ولم يكن أحدهما مرتبا على

(قوله لان كل واحد منهما أي من الهالك والباقي) أقول ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من نوعي الدراهم والغنم بل هذا المعنى الام لقوله يتوى ما توى الخ قال العلامة الاتقاني في وجه قول زفر ان الموصى لما مات بقي المال مشتركا بين الورثة والموصى له والمال المشترك اذا هلك بعضه هلك على الشركة وما بقي يبقى على الشركة فكذلك ههنا الذي هلك هلك أثلاثا والذي بقي بقي أثلاثا وبقول زفر نأخذ فهو القياس انتهى وفيه فوائد لا تحصى (قوله وظهر من هذا قوله) أقول قوله قوله فاعل ظهر

(فقيل هذا قول أبي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة) فيها فأما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه أبو الليث والامام فخر الاسلام وقيل المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له (أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك) أي بدون اجتهاد القاضي وجمعه (يتعذر الجمع) واذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك (والاول) وهو أن يكون في المسئلة اختلاف (أشبه للفقه المذكور) وهو أن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجعلها أجناسا مختلفة وهما يريان ذلك لانهما يجعلانها جنسا واحدا قال (ومن أوصى لرجل بالف درهم) ومن أوصى لرجل بالف درهم (وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين) بان كان له ثلاثة آلاف درهم نقدا (دفع) الالف منه (الى الموصى له) وان لم يخرج فان كان النقد ألفا دفع منه اليه ثلثه (وكلما خرج شئ من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث) والاصل في المال المشترك أن يوفى حق كل من الشركاء بلا بخس ولا بخس في حق أحد بتخصيص الموصى له بالعين في الاول فيصار اليه وفي الثانية بخس في حق الورثة بتخصيص الموصى له بالعين (لان للعين فضلا على الدين) على ما ذكر في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين قيل الموصى به ألف من المال والدين ليس بمال فان من حلف أنه لا مال له لم يحنث بديون له على الناس سلمناه ولكن لا نسلم أن الموصى له شريك الورثة مطلقا فان من أوصى لرجل بشئ معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكا له لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقي من المال والجواب عن الاول أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالا في الحال أو في المآل لان الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثاني بانه شريك الوارث اذا كانت في غير معين وأما في المعين فان الوارث كالمودع لا يضمن اذا لم يتعمد

أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول أبي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول أشبه للفقه المذكور قال (ومن أوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له) لانه أمكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه (وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شئ من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الالف) لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا عن الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال

ما ثبت به من الوصية هو الثلث لكن لا بطريق حمله على أحد محتمليه كما زعموا بل بجعله بمنزلة أن يقال بدأ ثلث مالي وصية لان المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا باولهما الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا بشئ اذ لا شك أن المتيقن ثبوت الثلث باول الاحتمالين فان زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الاول يقتضي ثبوت الثلث بلا ريب وانضمام الاحتمال الثاني اليه انما يفيد جواز ارادة النصف ولا تأثير له في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك فالمعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور لا ما زاده ذلك البعض من عند نفسه وقال صاحب العناية فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والالم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه أراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه أراد بها ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث اهـ (أقول) في قوله وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث بحث لان ما يملكه انما يكون هو الايصاء بالثلث اذا لم تجز الورثة وأما اذا أجازت كما هو المفروض هنا فيملك الايصاء بما زاد على الثلث أيضا ويتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا كما مر في أوائل هذا الكتاب فلا تتم هذه العلة تدبر (قوله لانه أمكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه) أقول فيه تأمل فانه انما يظهر أن لو كان حق الموصى له في العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معا كما صرحوا به وقالوا الاصل فيه أن الوصية المرسلة تكون شائعة في كل المال لكون الموصى له اذ ذاك شريك الورثة وعن هذا لا يأخذ الالف كملا في صورة ان لم يخرج الالف من ثلث العين واذا كان حق الموصى له شائعا في جميع التركة الذي هو العين والدين كشيوع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين في صورة ان

الآخر وههنا لم يكن مساويا لان حق الموصى له مقدم على حق الورثة فيصرف الهلاك الى المؤخر تقديما للمقدم بخلاف الاجناس المختلفة حيث لا يمكن جمع نصيب الحق المؤخر في الهلاك فلهذا لا يجرى فيها الجبر على القسمة لان معنى المعاوضة فيه راجح ومبنى المعاوضة على التراضي دون الجبر فلهذا هلك ما هلك على الشركة وبقي ما بقي عليها (قوله وبدون ذلك يتعذر الجمع) يعني الجمع انما يتحقق بقضاء القاضي عن اجتهاد عندهما فلا يتحقق الجمع بدونه بل يتعذر ولا قضاء فيما نحن فيه فلم يتحقق الجمع اجماعا ولكن الاول أشبه للفقه المذكور وهو ما سبق انه متى أمكن الجمع جبرا أمكن جمعه تقديما ألا ترى انه أمكن الجمع بدون القضاء عندهما فيما اذا أوصى بثلث الغنم وثلث الدراهم فكان الاول أصح (قوله ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال) أي الدين ليس بمال في الحال انما يصير مالا في المآل عند الاستيفاء والعين مال مطلقا في جميع الاحوال

وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجدار وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمر وفلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالى بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمر ونصف الثلث لان قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم ألا ترى أن من قال ثلث مالى لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالى بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت) لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية

خروج الالف من ثلث العين بخسا في حق الورثة كما في الصورة الاخرى اذ يلزم حينئذ أن يأخذ الموصى له جميع حقه من العين الذي له فضل على الدين ويأخذ الورثة بعض حقهم من العين وبعض حقهم من الدين وهذا بخس في حقهم لا محالة مناف لما يقتضيه حق الشركة من تعديل النظر للجانبين فليتأمل في الدفع ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجدار) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واندفع بقوله فلا يزاحم الحي ما اذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورث اهـ (أقول) في تقرير الشارح المذكور هنا قصور أما أولا فلانه أضاف اندفاع الاشكال بالمسئلة التي ذكرها الى قوله فلا يزاحم الحي مع ان اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لان الميت ليس بأهل للوصية في الحقيقة وانما قوله فلا يزاحم الحي متفرع على ذلك والاصل أن يضاف الحكم الى الاصل دون الفرع وأما ثانيا فلأن الظاهر من قوله لوجود المزاحمة بينهما حال الملك أن يكون المراد بالمزاحمة المنفية في قول المصنف فلا يزاحم الحي هو المزاحمة حال الملك وهي حال موت الموصى وذلك مع كونه غير تام في نفسه لانه اذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصى كان للباقي منهما نصف الثلث لا كله كما صرحوا به مع أن العلة هناك أيضا التزاحم وان التزاحم فيه انما يتصور في حال ايجاب الموصى لا في حال الملك اذا كان احدهما ميتا في حال الملك ولا تزاحم للميت غير مطابق لما ذكره الشارح المذكور في تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال ولم يفرق بين علم الموصى بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصى وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه اهـ وأما ثالثا فلأنه لم يتعرض لبيان اندفاع الاشكال بمسئلة أخرى أيضا بعبارة الكتاب وهي أي تلك المسئلة ما اذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصى فان للباقي نصف الثلث هناك أيضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليل المذكور في الكتاب يفيد اندفاع ذلك أيضا فالتقرير الظاهر الواسع في شرح هذا المقام ما أفاده صاحب النهاية حيث قال وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو أوردوا شبهة على هذه المسئلة بأن قالوا ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما لو أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة ثم مات الموصى ثم مات احدهما كان للباقي نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الميت منهما وكذلك لو مات أحدهما قبل موت الموصى كان للباقي

(قوله ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت) أي وقت الوصية فالثلث كله لزيد أما اذا كان حيا ثم مات فلزيد نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الموصى ان مات عمرو قبل الموصى وان مات بعده فنصيبه من الثلث لورثته (قوله لان الوصية عنده صحيحة) أي عند الموصى

وقوله (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله) واضح واندفع بقوله (فلا يزاحم الحي) ما اذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصى بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصى وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه والضمير في قوله لان الوصية عنده للموصى والباقي ظاهر وقوله (ومن أوصى بثلث ماله) ظاهر

(قوله فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما) أقول قد سبق أن الوصية تملك بالقبول الا في مسئلة فتذكر فانه ينفعك ههنا (قوله حال الملك) أقول يعني حال موت الموصى

تعلقت

تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالى وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما أضافه الى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو أوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما أضافه الى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزأ من الغنم بخلاف ما اذا أضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل

نصف الثلث ولكن هنا كان النصف الآخر للموصى لما أن في المسئلة الاولى قد تمت الوصية لهما بموت الموصى ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث وفي المسئلة الثانية لما مات أحدهما قبل موت الموصى بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف الى ما بعد الموت فيشترط بقاء من أوجب له عند وجود الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصى فيبطل نصيبه كما لو مات أحد الورثة قبل موت المورث وللآخر نصف الثلث لان الانقسام قد حصل بينهما عند الايجاب لكون كل واحد منهما أهلا لايجاب الوصية له فببطلان حق أحدهما لا يزداد نصيب الآخر كما لو رد أحدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث وهذا على خلاف مسئلة الكتاب فان فيها للحي كل الثلث لان الميت ليس من أهل الوصية له فانما ينتقص حقه باثبات المزاحمة ولم تثبت المزاحمة حيث كان الآخر ميتا فبقي الثلث للحي منهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالى لفلان وللموتى فالثلث كله لفلان الى هنا لفظ النهاية فتبصر (قوله ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما أضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعله جزأ من الغنم) اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم أنه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم أن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحد لا كثير فعبارة الهداية تناولت صورتين ما اذا لم يكن له شاة أصلا وما يكون له شاة لا غنم له ففي الصورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تتناول الا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية أشمل لكن هذه أحوط اهـ كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي فان الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اهـ وقال في حاشيته اخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين اهـ وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بما حاصله ان عبارة الوقاية هي الصواب وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم أن الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس أن نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لانه أوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة الى هنا كلامه (أقول) الظاهر عندي مما ذكروه في تعليل هذه المسئلة أن تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان

(قوله وعلى هذا يخرج الكثير من المسائل) منها ما ذكر في المبسوط لو قال بقفيز حنطة من مالى أو بثوب من مالى فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي أو من ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شئ للموصى له

وقوله (فالصحيح أن الوصية تصح) احتراز عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه أضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين كما لو أوصى بهذه الشاة ولم تكن في ملكه ثم ملك فانها غير صحيحة قال الفقيه أبو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه أضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله (وعلى هذا يخرج كثير من المسائل) فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال بقفيز من حنطة من مالى وبثوب من مالى فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي أو من ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شئ للموصى له والفرق ما ذكرناه

(قوله قال الفقيه أبو الليث) أقول في كتاب نكت الوصايا

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده) ماذكره واضح صورة وتعليلا لاخلا قوله وأصله أن الوصية لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو أن الوصية لهن جائزة استحسانا والقياس أن لا تصح لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فانما تستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة والوصية لامته بشئ غير رقبتها باطلة ووجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لان الظاهر من حاله أن يقصد وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم تصح الوصية لها قياسا أجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكان وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا ومضافا بخلاف أم الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثمة وصية أصلا ولقائل أن يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لابد وأن يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل

(قوله والوصية لامته بشئ غير رقبتها باطلة) أقول فيه بحث لان بطلان الوصية لامته بشئ غير رقبتها انما هو لانها ليست من أهل أن تملك ماسوى رقبتها ولانها تكون وصية للوارث وليس احدى تينك العلتين موجودة في أم الولد أما الاولى فلان الموصى له يملك الوصية بالقبول وهي حينئذ حرة أهل لان تملك وأما الثانية فلانها لا تنتقل الى الورثة حتى يلزم الوصية للوارث فليتأمل (قوله فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته) أقول وفي المحيط وفي الكافي في المتفرقات من كتاب الوصايا ولو أوصى بثلث ماله لعبده عتق ثلثه بعد

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم) قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان وأصله أن الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان

الموصى به في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجودا حينئذ فتصير الوصية بشئ موجود لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية ههنا سوى كون الموصى به معدوما فاذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع نعم لا يوجد حينئذ ما أضيفت الشاة اليه من الغنم على تقدير أن يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكون المقصود من الاضافة الى الغنم تعيين ان مراده عين الشاة لا ماليتها ويحصل ذلك المقصود من مجرد الاضافة اليها ولا يقتضي وجودها البتة كوجود الشاة التي هي الموصى به ومما يرشد الى كون جواب هذه المسئلة فيما اذا لم توجد شاة أصلا أنه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه لانه لما أضافه الى الغنم علمنا أن مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزأ من الغنم وأنه يصلح جزأ للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشئ معدوم ولا وجود له عند الموت أيضا فلا تصح اه تأمل تفهم (قوله وأصله أن الوصية لامهات الاولاد جائزة) وهذا استحسان وكان القياس أن لا تصح الوصية لام الولد لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فهي انما تستحق الوصية بعد موت مولاها وبعد موت

(قوله وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة) وفي الذخيرة اذا أوصى لام ولده بثلث ماله في صحته أو في مرضه ثم مات فانه تصح الوصية لها من الثلث وهذا استحسان وكان القياس ان لا تصح الوصية لام الولد لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها والعتق يحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة أيضا فيكون وصية للامة وهي باطلة وجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لان الظاهر من حال الموصى انه يقصد بالايصاء وصية صحيحة لا باطلة والوصية انما تصح ان لو كانت مضافة الى ما بعد عتقها وكذا المدبرة الا انه ينظر ان خرجت الوصية ورقبتها من الثلث كان لها ذلك والا تصرف الوصية الى الرقبة فان فضل الثلث عنها يكمل لها الثلث والوصية

موته عند أبي حنيفة لانه من جملة مال الميت فملك ثلث نفسه كما يملك ثلث سائر أمواله ومن ملك نفسه عتق وسعى في ثلثي قيمته للوارث وملك ثلث سائر أمواله لانه كالمكاتب عنده والوصية للمكاتب صحيحة وعندهما يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث فان فضل شئ دفع اليه وهي حينئذ فرع تجزي الاعتاق انتهى وفي المحيط ولو أوصى لعبده بشئ من رقبته يصح ولو أوصى له بشئ من ماله لا يصح لان العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولان الوصية لعبده بمال وصية لوارثه لان الملك في العبد والموصى به يقع لوارثه والوصية لوارثه باطلة فاما الوصية بالرقبة فوصية له لا لوارثه لان الوصية بالرقبة اعتاق ولو أوصى له بثلث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لانه أوصى له بثلث رقبته فان رقبته من مال الميت والوصية للعبد برقبته جائزة ويستحق ثلث باقي المال لانه حر وان كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ماسوى رقبته من المال لانه حر عندهما أو بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة والوصية للحر أو للمكاتب جائزة وان بقي كان ثلث ما بقي من المال له مثل ثلثي السعاية يتقاصان وان كان أكثر أخذ الفضل منهم وان كان أقل أعطي الفضل انتهى كلامه

فسرناهما

وفسرناهما في الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع وأدناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما أن الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث قال (ولو أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما) وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو أوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة)

مولاها حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة والوصية لامته بشئ غير رقبتها باطلة ووجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لان الظاهر من حاله أن يقصد بايصائه وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من الشراح الى الذخيرة (أقول) فيما ذكروا من وجه القياس نظر لان قولهم وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع بل حال حلول العتق بها انما هي حال موت مولاها لا بعد موت مولاها اذ لا شك أن أم الولد تعتق حين موت مولاها ولا ينتظر عتقها الى ما بعد موته فهي بعد موت مولاها حرة فلم تكن الوصية لام الولد وصية للامة في شئ فلم يتم وجه القياس ولم يحتج الى ما تكلفوه في وجه الاستحسان ولعل الامام قاضيخان والامام المحبوبي عن هذا قالا أما جواز الوصية لامهات أولاده فلان أوان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلا عنهما قال في العناية فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا أجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا أو مضافا بخلاف أم الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثمة وصية أصلا ولقائل أن يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لابد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل الى هنا لفظ العناية (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد أن ذكر ما قبلهما على الوجه الذي قرره لان الترديد الواقع في هذا السؤال ان كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشق الاول متعين ولا معنى لقوله فلا وجه لنفي القياس وان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشق الثاني مختار والفرق بين أم الولد والعبد الموصى له بثلث المال قد علم في جواب السؤال الاول قطعا فلا معنى للاعادة (قوله ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة) قال صاحب النهاية وهذا

لعبده بعين لم تجز لانه وصية لمولاه وهو وارث وبثلث ماله يصح ويكون وصية بالعتق (قوله لمحمد رحمه الله ان المذكور لفظ الجمع وأدناه في الميراث اثنان) قيد بقوله في الميراث احترازا عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هنا ينصرف الى الواحد باجماع بين أصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفا الى الاثنين والوصية في معنى الميراث من حيث ان كلا منهما تمليك المال بعد الموت فكان الجمع مصروفا هنالك أيضا الى الاثنين فان قيل الجمع المحلى بالالف واللام يبطل فيه معنى الجمع ويصير للجنس قيل له تخلف الحكم عن ذلك الاصل هنا لمعنى آخر وهو ان الوصية أخت الميراث وأقل الجمع في باب الارث اثنان فكذا في أخته فان قيل انما يتأتى هذا الجواب ان لو بقي جمعا قيل له انما تبطل الجمعية لئلا يلزم التنكير والنكارة والجهالة في الوصية متحملة ولهذا لو أوصى بثمرة بستانه ولا ثمرة له أو بثلث ماله ولا مال له ثم استفادهما لا صحت الوصية مع الجهالة في أصله وقدره (قوله نجد ذلك في القرآن) قال الله تعالى وان كان له اخوة فلامه السدس والمراد من

وقوله (وأدناه في الميراث) قيد بذلك احترازا عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هنالك منصرف الى الواحد بالاجماع بين أصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفا الى الاثنين والوصية في معناه من حيث أن كلا منهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع هنالك أيضا منصرفا الى الاثنين وقوله (نجد ذلك في القرآن) يريد به قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد بها الاثنان فصاعدا وقد عرف في موضعه وكذا قوله (وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل) قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم) صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس أن يكون له نصف كل مائة لان لفظ الاشراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد أشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة انما تثبت اذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة مقتضى اشراكه اياهما جملة واحدة وانما يأخذ نصف كل مائة لو كان اشراكه مع كل واحد منفردا

وليس كذلك (بخلاف ما اذا أوصى لرجل بار بعمائة درهم ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك) أى ثم قال لآخر أشركتك معهما فان له نصف كل مال كل منهما لان تحقق المساواة فيهم غير ممكن (لتفاوت المالين) فلابد من العمل بمفهوم لفظ الاشراك (فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس (عملا باللفظ بقدر الامكان) وقوله (ومن قال) يعنى لورثته (على لفلان دين فصدقوه) يصدق الى الثلث استحسانا (وفى القياس لا يصدق لانه أقر بمجهول) والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن اذا اقترن به من جهة المقر بيان وقد فات بموته وقوله فصدقوه يعنى فيما قال لا يصلح بيانا لكونه (صدر مخالفا للشرع لان المدعى لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة) وهو مالك لذلك فى الثلث وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصده الوصية لصرح بها أجاب بقوله (وقد يحتاج) أى المقر (الى مثل هذا الكلام لعلمه باصل الحق الذى عليه دون مقداره سعيا منه فى تفريغ ذمته فيجعلها) أى هذه الوصية (وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كأنه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيأ فاعطوه من مالى ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة) وقوله (فان أوصى بوصايا بغير ذلك الخ) واضح وحاصله أنه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق فى الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا فى الاثلاث ولا يخص بالثلث الذى لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين بمقدار

لان الشركة للمساواة لغة وقد أمكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثمائة بخلاف ما اذا أوصى لرجل بار بعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال (ومن قال لفلان على دين فصدقوه) معناه قال ذلك لورثته (فانه يصدق الى الثلث) وهذا استحسان وفى القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعى لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه فى تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كأنه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيأ فاعطوه من مالى ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال (وان أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفى الافراز فائدة أخرى وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم

استحسان وفى القياس له نصف كل مائة لان لفظ الاشراك يقتضى التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء فى الثلث وقد أشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما فى استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة بينهم وهى تقتضى المساواة وانما تثبت المساواة اذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة أما اذا أخذ من كل واحد منهما نصف المائة حصل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم فعلم بهذا أنه أشركه معهما جملة واحدة فلا يعتبر باشراكه اياه مع كل واحد منهما متفرقا انتهى واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) فيه بحث لان الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف فيقتضى لفظ الاشراك التسوية بلا ريب فان كان معنى قول الموصى للثالث قد أشركتك معهما اشراكه معهما جملة واحدة أى التسوية بين الكل لا اشراكه مع كل واحد منهما منفردا أى تسويته مع كل واحد بنصف نصيبه بعينه فلا معنى لوجه القياس المذكور وان كان معناه هو الثانى فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور وبالجملة ما ذكره الشارحان المزبوران من وجهى القياس والاستحسان معنيان متضادان لا يمكن اجتماعهما فى محل واحد يعنى كلام الموصى لغة وعرفا أحدهما لا غير فلم تصلح هذه المسئلة للقياس والاستحسان على ما ذكراه وعن هذا لم أر أحدا ذكر القياس والاستحسان فى هذه المسئلة سوى ذينك الشارحين والذى يظهر من كلام المصنف هو أن التسوية بين الكل هو المعنى فيما أمكن تحقق المساواة بين الكل والا يحمل على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان وبهذا فرق بين المسئلتين كما ترى ولا غبار فيه (قوله وفى القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان) يعنى لا يحكم به الا اذا قرن ببيان من جهة المقر وقد فات بموته كذا فى العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لم لا ينوب عنه الورثة فى البيان كما فى الوصية بالمجهول مثل ان أوصى بجزء من ماله فانه يقال هنالك للورثة أعطوا ما شئتم بناء على انه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصى

الاخوة اثنان فصاعدا (قوله ثم كان الاشراك) أى قال للثالث أشركتك معهما فيما أوصيته لهما كان له النصف من كل واحد منهما جميعا لتفاوت المالين وان أوصى لاحدهما بجارية ولآخر بجارية أخرى

(قوله فباعتبار شبه الوصية لا يصدق فى الزيادة) أقول فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله فى هذه الصورة لا فى الثلث ولا فى أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتامل

بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألد خصاما وعساهم يختلفون فى الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما فى يده من غير منازعة (واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم) لان هذا دين فى حق المستحق وصية فى حق التنفيذ فاذا أقر كل فريق بشئ ظهر أن فى التركة دينا شائعا فى النصيبين (فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا والورثة بثلثى ما أقروا) تنفيذا لاقرار

فالبهم البيان كما مر فى الكتاب فتامل (قوله واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين فى حق المستحق وصية فى حق التنفيذ الخ) قال صاحب العناية حاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق فى الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا فى الاثلاث ولا يخص بالثلث الذى لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين اه وقد سبقه تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه (أقول) فيه كلام وهو أن العمل بمجموع الشبهين ان كان أمرا واجبا كما هو الظاهر المعروف فما بالهم لم يعملوا بشبه الاقرار فى هذا التصرف اذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كما اذا قال اذا جاءكم فلان وادعى شيا فاعطوه من مالى ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث لم يجعلوا له حكما أصلا فى تلك الصورة وان لم يكن ذلك أمرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسئلة فى هذه الصورة واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله فى هذه الصورة لا فى الثلث ولا فى أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتامل اه وقصد بعض المتاخرين أن يجيب عنه فقال فى الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق فى الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق فى الثلث فالمعنى لا يصدق فى صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه فتامل اه (أقول) ليس هذا بمستقيم فان مراد ذلك المعترض أنه لا يؤخذ بقول المدعى فى هذه الصورة لا فى الثلث ولا فى أقل منه كما لا يؤخذ بقوله فى الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا بالغا ما بلغ فمن أين يظهر اعتبار شبه الوصية وليس مراده أن قول صاحب العناية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق فى الزيادة يدل على أن يصدق فى الثلث وما دونه وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك المجيب تامل تقف ثم ان الامام الزيلعى استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال فى شرح الكنز هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه فى أكثر من الثلث وههنا لزمهم أن يصدقوه فى أكثر من الثلث لان أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق فى أيديهم من الثلث شئ فوجب أن لا يلزمهم تصديقه انتهى (أقول) هذا الاشكال ساقط جدا اذ لا يلزم الورثة فى هذه الصورة ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم أن يصدقوه فى أكثر من الثلث وانما اللازم لهم ولاصحاب الوصايا فى هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاؤا وليس فى هذه الصورة الزام الورثة أن يصدقوه فى أكثر من الثلث فان أصحاب الوصايا فيما اذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا يأخذون الثلث بطريق التملك التام بل انما يأخذونه بطريق العزل والافراز فكان ذلك الثلث باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعى فيما شاء ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث فى أيديهم من جهة العزل والافراز ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص فى أيديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعى أيضا فيكفى جواز التصرف لهم فى مطلق الثلث الشائع فى جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا تصرف يشبه الاقرار والوصية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق فى الزيادة على الثلث وباعتبار

وقيمتهما سواء ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله الثلث من كل واحد منهما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وعند أبى حنيفة رحمه الله له من كل واحد نصفها لانه لا يرى قسمة الرقيق فصارت بمنزلة وصيتين مختلفتين وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوزان قسمة الرقيق فصار كأنه أوصى بالالف لهذا وبالالف لهذا ثم أشرك ثالثا معهما (قوله دينا شائعا فى النصيبين) وهذا لانه دين فى حق المستحق فكان شائعا فى النصيبين باعتباره

وقوله (ومن أوصى لاجنبي ولوارثه) ظاهر وقوله (وهذا) أي هذا الايصاء (بخلاف ما اذا أقر بعين أو دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي) كما لا يصح في حق الوارث (لان الوصية انشاء تصرف) أي ابتداء تمليك من غير أن يكون بينهما شركة قبلها والشركة انما تثبت حكماله عقيبه فحيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحا لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها وأما في الاقرار فسبب فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبلها فان الاقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما وفي ذلك أي في الاقرار بالمال المشترك اقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذلك بين ما اذا تصادقا على ذلك أو جحد الاجنبي أو الوارث ذلك أو أنكراه جميعا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد اذا لم يتصادقا صح في حصة الاجنبي لان الوارث مقر ببطلان حقه و ببطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر وقالا اثباته مشترك كما هو المبطل وقد وجد ولقائل أن يقول هذا الاقرار بالنظر الى الاجنبي صحيح وبالنظر الى الوارث غير صحيح فما وجه ترجيح جهة الفساد بحيث تعدى الى ابطال حق الغير فالجواب أن وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي أن اليقين لا يزول بالشك وتقريره أن حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرها ففي كل جزء فرضته يشتركان فيثبت للاجنبي الملك فيه بالنظر الى صحة الاقرار له ولا يثبت بالنظر الى الوارث ولم يكن له ملك قبل الاقرار فلا يثبت بالشك وقوله (بقاء وبطلانا) أي بقاء في حق الاجنبي وبطلانا في حق الوارث يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الاجنبي وتبطل في حق الوارث لامتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء الخ) رجل له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء تخرج من ثلث ماله وأوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الاثواب ولا يدري أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقك كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة

كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه و بين غيره قال (ومن أوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث) لانه أوصى بما يملك الايصاء به و بما لا يملك فصح في الاول و بطل في الثاني بخلاف ما اذا أوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا أوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا أقر بعين أو دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي أيضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكماله فتصح في حق من يستحقه منهما واما الاقرار فاخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيأ كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض و يشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء و بطلانا قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو

شبه الاقرار بجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين تامل ترشد (قوله وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك) قال بعض المتأخرين ينبغي أن لا يحلف

ووصية في حق التنفيذ لانا صححناه بجعل ذلك منوصية وباعتبار الوصية ينفذ في ثلث التركة فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا لان ثلث التركة في أيديهم والورثة بثلثي ما أقروا لكون الثلثين في أيديهم تنفيذا الاقرار كل فريق في حقه فان أقر المريض مع ذلك بدين مسمى فالمسمى أولى لانه أثبت الاقرار ولو قال ما ادعى فلان من مالي فهو صادق قال أبو الليث رحمه الله لا رواية و ينبغي أن يكون الجواب على التفصيل ان سبق منه دعوى في شيء معلوم فهو له والا فلا شيء وفي اللآلي لو قال كل من يدعي شيأ فاعطوه فهو باطل الا ان يقول ان رأى الوصي ان يعطيه فاعطوه فحينئذ يعطى من الثلث وفي النوازل لو قال ان ادعى على أحد ما بين ألف الى خمسمائة فاعطوه ان لم يقيد الاعطاء برأي الوصي أو برأي رجل معلوم فالوصية باطلة (قوله وهذا بخلاف ما اذا أقر بعين أو دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي) أي الايصاء لوارثه والاجنبي يخالف الاقرار لهما هذا اذا تصادقا فاما اذا أنكر الاجنبي شركة الوارث أو الوارث أنكر شركة الاجنبي فالاقرار باطل أيضا وقال محمد رحمه الله يصح في حصة الاجنبي لان الوارث مقر ببطلان حقه ببطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر ولهما ان حق الوارث لم يفرز من حق الاجنبي وانما أوجبه مشتركا بينهما فلا يمكن اثباته بدون هذا الوصف (قوله وفي الانشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء) أي في

قال المصنف (ولانه لو قبض الاجنبي شيأ الخ) أقول ينبغي أن يتامل أنه هل يمكن جعله دليلا بلا ملاحظة الدليل الاول قال المصنف (حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا) أقول لانه لو صح في نصيب الاجنبي فما أخذ يأخذ الوارث نصفه منه لانه أخذ بعض دين مشترك في زعمه فبطل ذلك النصف بيمين الورثة فيرجع الوارث ثانيا عليه بنصف ما بقي في يده لانه لم يسلم له ما أخذ أولا واستحق هكذا الى أن يبقى في يده فلس فلا يكون مفيدا في حق الاجنبي فافهم الا أن هذا التقرير لا يلائم ظاهر كلام المصنف ثم لا يزال يقبض فيبطل في ذلك القدر ولكن الامر سهل

القضاء وتحصيل المقصود وهو اتمام غرض الموصي (الا أن تسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين) فان المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح اذا ابتدأ بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الرديء وان ابتدأ بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر وهو أن يقال الهالك ان كان أرفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك أردأ من الباقيين فحق صاحب الوسط في الرديء منهما فحقه يتعلق بهذا مرة و بذلك أخرى وان كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فيأخذ ثلث كل واحد فبقي صاحب الجيد وصاحب الرديء فصاحب الجيد يدعي الجيد ولا يدعي الرديء لانه لا حق له فيه قطعا وصاحب الرديء يدعي الرديء دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الرديء لصاحب الرديء وقوله (واذا كانت الدار بين رجلين) ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وأما قوله (هذا) ففيه بحث وهو أنه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بانه قال هنالك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا أنها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكره هنا لان الجبر لا يجري في المبادلة و يكون معنى قوله هنالك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد

والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة) ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال (الا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون فثبت الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون) لان صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين لانه اما أن يكون وسطا أو رديئا ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما أن يكون جيدا أو وسطا ولا حق له فيهما و يحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال (واذا كانت الدار بين رجلين فاوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال

الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه و يحلف أصحاب الوصايا بالبقاء شيء من الثلث في أيديهم فتامل اهـ (أقول) ليس هذا بكلام صحيح أما قوله ينبغي أن لا يحلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه فلأن تحليف الورثة فيما اذا كان ما ادعاه زائدا على الثلث ليس بموجب هذه المسئلة بل لكون المدعي هنالك ممن يدعي حقا لنفسه من تركة الميت ولا ريب أن ادعاء ما زاد على الثلث من تركة الميت لا يمنع صحة الدعوى فاذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة اذا أنكروا وأما قوله و يحلف أصحاب الوصايا بالبقاء شيء من الثلث في أيديهم فلأن دعوى الدين لا تختص بالثلث الذي في أيدي أصحاب الوصايا بل يختص بثلث مال الميت مطلقا والمدعي فيما اذا ادعى زائدا على الثلث انما يدعي الدين في حق الزيادة على الثلث لا الوصية حتى لو ادعى الوصية فيه لا تسمع دعواه رأسا فضلا عن التحليف (قوله ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك) أقول في ظاهر تعبير المصنف ههنا فساد لان هلاك حق كل واحد منهم انما يتصور فيما اذا ضاع الاثواب الثلاثة معا والمفروض في وضع المسئلة أن يضيع ثوب واحد منها غير معلوم الخصوصية فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد هلك فانه كذب ظاهر لا ينبغي أن يسمع أصلا فضلا عن أن يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك يقتضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين

حق الاجنبي و بطلانا أي في حق الوارث وهذا لان الوصية انشاء تصرف أي اثبات أمر لم يكن والشركة تثبت حكماله وحكم الشيء هو الاثر الثابت به فالشركة تثبت بواسطة صحة تصرفه ولم يصح تصرفه في حق الورثة فلم توجد علة ثبوت الشركة فاذا لم تثبت الشركة صح تصرفه في حق من يستحقه وهو الاجنبي و بطل في حق الوارث (قوله ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك) يريد بهذا ان الورثة يجحدون بقاء حق واحد منهم بعينه و يقولون حق واحد منكم بطل ولا يدري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم اليكم شيأ فالوصية باطلة لانه اذا لم يعلم بقاء حق واحد منهم بعينه لا فائدة في بقائها فتبطل كذا ذكره الصدر الشهيد رحمه الله (قوله وكان المستحق مجهولا) كما اذا أوصى لاحد هذين الرجلين فان الوصية باطلة لما قلنا ان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو اتمام غرض

(قال المصنف لانه اما أن يكون وسطا أو رديئا ولا حق له فيهما) أقول و يحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الاصلي (قوله فاذا كان حقه يتعلق الخ) أقول مثلا يتعلق بالجيد حال كون الهالك أجود ولا يتعلق به حال كونه وسطا وحال كونه أردأ من الرديء وقس عليه تعلقه بالرديء

محمد مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الاول و يوقف الثانى وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التى هى مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت فى نصيب الموصى تنفذ الوصية فى عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع فى نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية فى بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية فى بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه فى جميع البيت اذا وقع فى نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة فى هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كان البيت ملكه

لصاحبه والاولى فى التعبير ما ذكره شرح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والامام قاضيخان وهو أن المراد بجحود الورثة أن يقولوا حق واحد منكم بطل ولا ندرى من بطل حقه ومن بقى حقه فلا نسلم اليكم شيأ والذى يمكن فى توجيه كلام المصنف أن يكون مراده معنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذى قد هلك يحتمل أن يكون حقك فكانه تسامح فى العبارة بناء على ظهور المراد ووافقه صاحب الكافى فى هاتيك العبارة مع ظهور ركاكتها (قوله ومعنى المبادلة فى هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة) قال صاحب العناية فيه بحث وهو انه قال فى كتاب القسمة والافراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بانه قال هذا بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى العروض الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر ههنا لان الجبر لا يجرى فى المبادلة و يكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد والى هذا أشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه اه وقد سبقه الى أصل هذا السؤال والجواب صاحب النهاية (أقول) قد خبط الشارحان المزبوران فى الجواب المذكور جدا حيث قصدا التوفيق بين كلامى المصنف فى المقامين ولكن خالفا صريح ما ذكره المصنف فى كتاب القسمة وما أطبقا عليه مع سائر الشراح فى بيان مراده هناك فان المصنف قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد وقال معنى المبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الديون وقال ذلك الشارحان وسائر الشراح فى شرح ذلك المقام لما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض لما أجبر القاضى على القسمة فى ذلك أجاب بقوله الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجرى فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير كما فى قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بامثالها فصار ما يؤدى بدلا عما فى ذمته اه ولا يذهب على ذى مسكة ان مضمون الجواب المذكور ههنا مما ينافى ذلك والصواب فى حل مراد المصنف بقوله هنا ومعنى المبادلة فى هذه القسمة تابع على وجه يندفع عنه السؤال الذى تمحل الشارحان المزبوران

والى هذا أشار بقوله (وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه) والباقى ظاهر

الموصى (قوله ومعنى المبادلة فى هذه القسمة تابع) قيد بقوله فى هذه القسمة لان الدار جنس واحد فيكون الافراز فى قسمة الدار لواحدة راجحا ولهذا لا يجرى الجبر فيها بالاجماع أولان معنى المبادلة وان كان راجحا فى العقار الا ان فى هذه القسمة معنى المبادلة تابع تصحيحا لتصرف الموصى وباب الوصية أوسع ولهذا يصح

من

وقوله (امالانه عوضه كما ذكرناه) يعنى فى الجارية الموصى بها وقوله (أولانه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) يعنى فى وقوعه فى نصيب الشريك (والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعنى فى وقوعه فى نصيبه وقوله (فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة) فان قيل ينبغى أن يقسم نصيب الموصى بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة للورثة لانه لما صحت الوصية عندهما فى عشرة أذرع بقى حق الورثة فى أربعين قلنا زعم الورثة أن حقهم فى خمسة وأربعين وحق الموصى له فى خمسة تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه فى عشرة وحق الورثة فى أربعين

قال المصنف (وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر) أقول قال الاتقانى ولنا فيه نظر لانه على هذا التقدير كان ينبغى أن يكون نصيب شريك الموصى خمسة وأربعين ذراعا فينقص اذن منه خمسة أذرع لان نصيبه من جميع الدار خمسون ذراعا كاملا وقد نقص الخمسة فلا يجوز لانه حينئذ يلزم تمليك الموصى ملك شريكه وليس له ذلك وأيضا اذا كان للموصى له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لا محالة لان سهمين من أحد عشر أقل من خمسة وأيضا يزداد حق الورثة أيضا بسهم لان لهم ماوراء قدر البيت من نصيب الموصى ونصيبه خمسون ذراعا وربع للموصى له عشرة من نصيبه فبقى أربعون وهم أخذوا خمسة أخرى وقال بعض المشايخ يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على خمسة أسهم أخرى عندهما فالعشرة أذرع للموصى له أربعون وذراعا للورثة فيجعل كل عشرة سهما وهذه القسمة أصح عندى انتهى هذا النظر يرد على تقدير الكافى ورودا ظاهرا (قوله وحق الموصى له فى خمسة تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه فى عشرة) أقول فيه

من الابتداء وان وقع فى نصيب الآخر تنفذ فى قدر ذرعان جميعه مما وقع فى نصيبه امالانه عوضه كما ذكرناه أولان مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما أمكن الا انه يتعين البيت اذا وقع فى نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع فى نصيب الآخر عملنا بالتقدير أولانه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده أمته فالمراد فى جزاء الطلاق مطلق الولد وفى العتق ولد حى ثم اذا وقع البيت فى نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على

لدفعه ما تمحلاه أن يقال يعنى ان معنى المبادلة وان كان ظاهرا فى غير المكيل والموزون الا أنه يجعل ذلك المعنى فى هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الافراز فيها مقصودا تصحيحا لتصرف الموصى وقصده الذى هو تكميل المنفعة فان مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت وقد أفصح عن هذا المعنى الامام قاضيخان حيث قال ولهما ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بالقسمة ولو اشتريا دارا واقتسما لم يكن لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى فهى افراز فى حق بعض الاحكام ألا يرى أنه يجبر عليها ولو بنى أحدهما فى نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الارض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة فى القسمة والمشترى لو قاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكانت الاحكام على عكسها فثبت انها افراز من وجه مبادلة من وجه فتجعل افرازا فى حكم الوصية تصحيحا للوصية لان مبناها على المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمرة والغلة واذا جعلت القسمة افرازا ظهر أنه أوصى بما يملكه اه تدبر (قوله وان وقع فى نصيب الآخر تنفذ فى قدر ذرعان جميعه مما وقع فى نصيبه امالانه عوضه كما ذكرناه) يعنى فى الجارية الموصى بها كذا فى العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ليس قدر ذرعان جميعه مما وقع فى نصيبه عوضه أى عوض جميع ذلك البيت الواقع فى نصيب الآخر بل قدر ذرعان نصفه مما وقع فى نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة فى نصفه الآخر لان الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصى وصاحبه فيكون ذلك البيت وما وقع فى نصيب الموصى مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة انما تتصور بين نصف ذلك البيت الواقع فى نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه ذلك مما وقع فى نصيب الموصى وأما نصفه الآخر وقدر ذرعان نصف ذلك مما وقع فى نصيب الموصى فباقيان على حالتهما الاصلية فى ملك الموصى وصاحبه فلم يكن قوله امالانه عوضه صالحا لان يكون دليلا مستقلا فى افادة المطلوب ههنا وهو أن يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصى له عندهما فيما اذا وقع ذلك البيت فى نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الدليلين الآتيين وتحرير المصنف يقتضى استقلاله فيها كما ترى

بالمعدوم على خطر الوجود كالثمرة والغلة (قوله فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة) فان قيل ينبغى ان يقسم نصيب الموصى بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة للورثة لانه لما صحت الوصية عندهما فى عشرة أذرع بقى حق الورثة فى أربعين قلنا زعم الورثة ان حقهم فى خمسة وأربعين حق الموصى له فى خمسة تمسكا بمذهب محمد رحمه الله وزعم الموصى له ان حقه فى عشرة وحق الورثة فى

فيعتبر زعم كل فريق فجعلنا كل خمسة سهما فصار الكل أحد عشر وقوله (وقيل لاخلاف فيه لمحمد) بل قوله فى الاقرار كقولهما فى الوصية والباقى ظاهر قال (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف) ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينها فبلغه فاما أن يجيز الوصية أولا فان كان الثانى بطلت وان كان الاول جازت فان دفعها الى الموصى له تمت وان لم يدفع فله أن يمنع وان أجازها الان هذا تبرع بمال الغير الى آخر ماذكر فى الكتاب وهو واضح الى قوله (فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه) فان كان الدين مستغرقا جميع نصيبه دفعه اليه كله والباقى ظاهر وقوله (فلا يخرج عنها بالانفصال كما فى البيع) يعنى تسرى الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسرى البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الولد صار كان الولد كان موجودا فأوصى بهما وقيمتهما مثل نصف المال تنفذ الوصية فى ثلثى كل واحد منهما كذلك ههنا (وله أن الام أصل) يعنى فى الوصية (والولد تبع فيه) أى فى الوصية على تأويل الايصاء وانما كانت الام أصلا لان الايجاب تناولها قصدا ثم

الخلاف وقيل لاخلاف فيه لمحمد والفرق له أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى فان دفعه فهو جائز وله أن يمنع) لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا أجاز يكون تبرعا منه أيضا فله أن يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لان الوصية فى مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى قال (واذا اقتسم الابنان تركة الاب ألفا ثم أقر أحدهما لرجل أن الاب أوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما فى يده) وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما فى يده وهو قول زفر رحمه الله لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية فى اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع فى التركة وهى فى أيديهما فيكون مقرا بثلث ما فى يده بخلاف ما اذا أقر أحدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شئ الا أن يسلم للورثة مثلاه ولانه لو أخذ منه نصف ما فى يده فربما يقر الابن الآخر به أيضا فيأخذ نصف ما فى يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال (ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له) لان الام دخلت فى الوصية أصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل فى الوصية فيكونان للموصى له (وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا فى قول أبى يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يأخذ ذلك من الام فان فضل شئ أخذه من الولد) وفى الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوى ثلثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوى ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا أن الولد دخل فى الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما فى البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله أن الام أصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية فى بعض الاصل وذلك لا يجوز

فتأمل (قوله والفرق له أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له الخ) أقول فيه كلام وهو أن هذا الفرق انما يتمشى فى صورة ان وقع البيت بعد القسمة فى نصيب الموصى وأما فى صورة ان وقع بعدها فى نصيب الآخر فلا لان الموصى حينئذ كان مقرا بملك الغير لغيره ولم يصر مالكا له بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه الى المقر له ومسئلتنا تعم الصورتين فلا يتم التقريب (قوله وجه الاستحسان انه أقر بثلث شائع فى التركة وهى فى أيديهما فيكون مقرا بثلث ما فى يده) قال صاحب التسهيل أقول مضى فى فصل اقرار المريض ان ابنه لو أقر بأخ فجحده أخوه الآخر دفع اليه المقر نصف نصيبه كما قال زفر رحمه الله تعالى هنا

أربعين فيعتبر زعم كل فريق فى حقه فجعلنا كل خمسة سهما فصار لكل أحد عشر (قوله ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى) أى قبل القبول وقبل القسمة (قوله كما فى البيع والعتق) يعنى فتسرى الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسرى البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا أعتق جارية حاملا عتق ولدها تبعا فاذا ولدت يبقى الولد كذلك عتيقا أو نقول اذا أوصى بعتق جارية فولدت قبل القسمة فان العتق ينفذ فيهما وان لم يخرجا من الثلث يوزع بينهما (قوله وله ان الام أصل) أى أصل فى الوصية لان الايجاب تناولها قصدا والولد تبع فى الايصاء

بحث فلم لم يعتبر زعمه تمسكا بمذهب محمد اذا وقع البيت فى نصيبه قال المصنف (والامتناع لحق الورثة) أقول وقدمر فى أوائل كتاب الوصايا ان كل ما جاز باجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا خلافا للشافعى قال المصنف (أما الموصى له بالثلث شريك الوارث) أقول وكذا الاخ الذى أقر أحد الابنين باخوته بخلاف وأنكر الآخر شريك للوارث مع أنه يعطى له نصف ما فى يد المقر كما سبق فى آخر كتاب الاقرار فلا بد من الفرق قال المصنف (وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا) أقول الظاهر أنه بالحاء المهملة أى ما يصير حصته منهما يقال حصنى منه كذا أى صار حصتى منه

سرى حكم الايجاب الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتنفذ الوصية بالام ثم يكون له من الولد قدر ما بقى من الثلث وتنفيذ الوصية فى جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا يغتبر بزيادة المال لانه يؤدى الى نقصها فى بعض الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل بالتبع وقوله (الا أنه لا يقابله بعض العوض) جواب عما يقال لا نسلم أن تنفيذ البيع فى التبع لا يؤدى الى نقصه فى الاصل فان بعض الثمن لا يقابله شئ فى ذلك وفيه نقض له بحصته ووجهه أنه انما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض فان العوض الواحد لا يقابل بعوضين لكن لا يوجب ذلك النقص فى المبيع لان الثمن تابع الى آخر ما ذكره وقوله (واذا اتصل به القبض) انما قيد بذلك لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون أن لو كان مقبوضا بالاصل حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شئ من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن والله أعلم

(فصل فى اعتبار حالة الوصية) قال فى النهاية لما ذكر الحكم الكلى فى الوصية وهو الحكم الذى يتعلق بثلث المال ذكر فى هذا الفصل أحكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما أن هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض قوله (واذا أقر المريض لامرأة) واضح مبناه أن المعتبر فى جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر فى فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا

بخلاف البيع لان تنفيذ البيع فى التبع لا يؤدى الى نقضه فى الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع فى البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا (هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له) لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

(فصل) فى اعتبار حالة الوصية قال (واذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشئ أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة)

لانه أقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قلنا هنا نحن والحاصل اننا عملنا هنا بأصل مالك وعمل زفر هنا بأصلنا ثمة فلا بد للائمة الحنفية من الفرق بين الاقرار والوصية أو الاتحاد ويحتمل أن يكون فى المسئلة روايتان الى هنا لفظ التسهيل وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال بعد نقل ذلك قلت الفرق بينهما بين فان المساواة من اللوازم البينة للاخوة دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة فالاقرار بالاخ يتضمن الاقرار بالمساواة بخلاف الاقرار بالوصية فانه لا يتضمن الاقرار بها اهـ (أقول) ليس هذا بشئ فان الذى من لوازم الاخوة انما هو المساواة فى جملة التركة لا المساواة فيما فى يد أحد الاخوين فقط كنصف التركة مثلا والا يلزم أن يكون حصة أحد الاخوة النصف وحصة مجموع الاخوين النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة فى جملة التركة انما تقتضى كون حصة الاخ المقر له ثلث ما فى يد المقر لا نصفه كما فيما نحن فيه من الاقرار بوصية ثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسئلتين ثم أن قول ذلك البعض دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة ليس بتام أيضا لان المساواة انما لا تكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة وأما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعا لانحصار الوارث فى الابنين وكون اقرار أحدهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسئلتين بوجه آخر كما لا يخفى

(فصل فى اعتبار حالة الوصية) لما ذكر الحكم الكلى فى الوصية وهو الحكم الذى يتعلق بثلث المال ذكر فى هذا الفصل أحكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما أن هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض كذا فى الشروح (قوله واذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشئ أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة)

(قوله ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض) قيد باتصال القبض بالولد للمقابلة لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما تكون ان لو كان مقبوضا بالاصل والا فلا (قوله هذا اذا ولدت قبل القسمة) أى قبل القبول أيضا فان ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له لان التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له وان ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدورى انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشايخنا رحمهم الله قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وان ولدت قبل موت الموصى لم يدخل تحت الوصية وبقى على حكم ملك الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا ولا سراية والكسب كالولد فى جميع ما ذكرنا والله أعلم بالصواب *(فصل فى اعتبار حالة الوصية)*

(فصل فى اعتبار حالة الوصية)

لان الاقرار ملزم بنفسه وهى أجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان فى حالة الصحة أوفى حالة المرض الأأن الثانى يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهى وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهى كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال (واذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصرانى أووهب له أو أوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) أما الهبة والوصية فلما قلنا أنه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده أو بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر فى ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهى طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهى نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا أومكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر فى كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه أقر لمولاه وهو أجنبى وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت وأما الهبة فيروى أنها تصح لانها تمليك فى الحال وهو رقيق وفى عامة الروايات هى فى مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح

قال صاحب النهاية وهذا بناء على أن المعتبر فى جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر فى فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا اه واقتفى أثره فى هذا التقرير صاحب العناية (أقول) فى عبارتهما خلل حيث قالا لان الاقرار تمليك للحال مع أنهم قد صرحوا فى كتاب الاقرار بان الاقرار ليس بتمليك بل هو اظهار للمقر به وقالوا لهذا لو أقر لغيره بالمال والمقر له يعلم أنه كاذب فى اقراره لا يحل له أخذه وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها أن المريض اذا أقر بجميع ماله لاجنبى صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم فحق العبارة أن يقالا لان الاقرار تصرف فى الحال كما قاله المصنف رحمه الله فى أوائل كتاب الوصايا فتذكر (قوله وكذا لو كان الابن عبدا أومكاتبا فاعتق لما ذكرنا) قال صاحب النهاية والعناية فى شرح هذا المقام أى لا تصح الوصية والهبة له لان الوصية مضافة الى وقت الموت أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هنا وذكر فى كتاب الاقرار أنه ان لم يكن عليه أى على العبد دين يصح اه (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن ما ذهبا اليه فى شرح هذا المقام مما يأباه سداد المعنى وانتظام الكلام فانهما حملا قول المصنف وكذا لو كان الابن عبدا أومكاتبا على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع أن الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلاث المذكورة فيما قبل جميعا وهى الاقرار والهبة والوصية لانه كان عاما لها فى المسئلة السابقة فانتظام اطلاق التشبيه فى قوله وكذا لو كان الابن عبدا أومكاتبا يقتضى العموم لها فى هذه المسئلة أيضا سيما مع انضمام قوله لما ذكرنا اليها فان ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة فى الصور الثلاث جميعا بلا ريب ثم ان قولهما أما اذا أقر له بدين ثم

(قوله لان الاقرار ملزم بنفسه) أى لا يتوقف على غيره حتى ترتبت عليه الاحكام من صحة اعتاق المقر له واقراره لغيره وغير ذلك من الاحكام (قوله والهبة وان كانت منجزة صورة فهى كالمضاف الى ما بعد الموت حكما) لان حكمها يتقرر عند الموت فان قيل يشكل بما اذا وهب المريض فى مرض موته جاريته لرجل فانه يحل للموهوب له وطؤها ولا يحل للموصى له ذلك قلنا حل الوطء مبنى على الملك والملك يثبت له بالقبض ولكن على عرضة الانتقاض لظهور الدين عند الموت وذلك لا يمنع حل الوطء كما فى الاستحقاق والرد بالعيب قلنا حل الوطء بناء على ثبوت الملك اعتبارا بجهة التنجيز وقلنا ببطلانه بالدين اعتبارا بجهة الاضافة وانما تجعل الهبة بمنزلة الوصية اذا كان الموهوب له قد قبضه فاما اذا كان قبل القبض فانها تبطل (قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فاعتق) أى يبطل الاقرار والوصية والهبة كما لو كان نصرانيا فاسلم قبل موت الاب

قال

وقوله (لان الاقرار ملزم) فيه تلويح الى رد قول زفر وهو أن الاقرار أيضا باطل لان اقرار المريض بمنزلة التمليك ولهذا لا يصح للوارث ووجه ذلك أن الاقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت فى باب الوصية وقوله (الأأن الثانى يؤخر عنه) أى تنفيذ حكم الاقرار فى حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذى فى حالة الصحة (بخلاف الوصية لانه) يعنى الوصية بتأويل الايصاء وقوله (وكذا لو كان الابن عبدا أومكاتبا فاعتق) يعنى لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكره هنا (وذكر فى كتاب الاقرار أنه ان لم يكن عليه) أى على العبد (دين يصح) الى آخر ما ذكر فى الكتاب

(قوله أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر ههنا) أقول فيه بحث فان لفظ الجامع الصغير ههنا هكذا على ما نقله الاتقانى وقال فى المريض أقر لابنه وهو نصرانى بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك ان كان الابن عبدا فاعتق فى هذا اه

قال (والمعقد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوى ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وان وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش) لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم

(باب العتق فى مرض الموت)

قال (ومن أعتق فى مرضه عبدا أو باع وحابى أووهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا) وفى بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب

أعتق قبل الموت لم يذكر هنا ان أرادا بذلك أن صورة الاقرار لم تذكر هنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورتا الوصية والهبة أيضا لم تذكرا هنا بعينهما صراحة بل اندرجتا فى اشارة قوله وكذا لو كان الابن عبدا أومكاتبا فاعتق فما معنى جعل هذه المسئلة شاملة لصورتى الوصية والهبة دون صورة الاقرار وان أرادا بذلك أن صورة الاقرار لم تذكر هنا أصلا لا صراحة بعينها ولا اندراجا فى اطلاق اشارة شئ فهو ممنوع فان مسئلتنا هذه مع ماقبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير هنا على ما نقل فى غاية البيان هكذا وقال فى المريض أقر لابنه وهو نصرانى بدين أووهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبدا فاعتق فى هذا اه ولا يذهب عليك ان صورة الاقرار وصورتى الوصية والهبة سيان فى الاندراج تحت اطلاق اشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبدا فاعتق فى هذا فالحق أن مراد المصنف بقوله وكذا لو كان الابن عبدا أومكاتبا فاعتق لما ذكرنا هو أنه يبطل الاقرار والهبة والوصية كلها فى هذه المسئلة أيضا الدليل ما ذكرناه فى المسئلة السابقة وأن مراده بقوله وذكر فى كتاب الاقرار الى قوله قال والمقعد بيان أن فى صورة الاقرار رواية للصحة أيضا وكذا فى صورة الهبة وأما فى صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلا تبصر ترشد

(باب العتق فى مرض الموت)

قال جمهور الشراح الاعتاق فى المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة وأخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل اه (أقول) فيه فتور لان الاعتاق فى المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة فان الوصية ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف رحمه الله فكيف يكون هذا من أنواع الوصية نعم أنه فى حكم الوصية اذا وجد فى مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لا من جميع المال كما سيأتى أيضا فى الكتاب فالوجه أن يقال لما كان الاعتاق فى المرض أمرا مغايرا حقيقة الوصية لكن كان فى حكمها أفرده بباب على حدة وأخره عن حقيقة الوصية لكونها هى الاصل (قوله وفى بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز) أقول فى عبارة المصنف هنا تسامح فان قوله جائز فى النسخة الاولى محمول فى الكلام وقوله فهو وصية فى هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثانى مكان الاول

(قوله اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت) ومدة التطاول مقدرة بالسنة والمراد من الخوف الغالب منه لا نفس الخوف (قوله لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه) لان المغير لحكم التصرف مرض الموت وهو ما يكون سببا للموت غالبا وانما يكون كذلك اذا كان بحال يزداد حالا فحالا الى أن يكون آخره الموت فاما اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت فلا يكون سببا للموت كالعمى ونحوه وانما يكون فى حكم المرض فى أول ما أصابه ذلك اذا صار صاحب فراش وصاحب الدق والسل قبل أن يصير صاحب فراش لا يكون فى حكم المريض لان الانسان قلما يخلو عن قليل مرض فما دام يخرج فى حوائجه بنفسه ولم يصر صاحب فراش لا يعد مريضا عند الناس كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله والله أعلم

(باب العتق فى مرض الموت)

وقوله (والمقعد والمفلوج) المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة (والاشل) من شلت يده (والمسلول هو الذى به مرض السل) وهو عبارة عن اجتماع المرة فى الصدر ونفثها وقوله (صار طبعا من طباعه) يعنى خرج من أن يكون مريضا مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كما لو تصرف عند ما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم)

(باب الاعتاق فى مرض الموت)

الاعتاق فى المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة وأخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل قال (ومن أعتق عبدا فى مرضه) كلامه واضح وقوله (والمراد الاعتبار من الثلث) أى المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لا حقيقة الوصية لان الوصية عبارة عما أوجبه الموصى فى ماله بعد موته متطوعا

(باب العتق فى مرض الموت)

قال المصنف (ويضرب به مع أصحاب الوصايا) أقول الاظهر أن يقال يضرب كل من هؤلاء بحكم كل من العتق والمحاباة والهبة مع أصحاب الوصايا أى فى الثلث

وقوله (كالضمان والكفالة) غاير بينهما بالعطف لان الضمان أعم من الكفالة فان من الضمان مالايكون كفالة بأن قال لأجنبي خالع امرأتك على ألف على أني ضامن وكذا لو قال بع هذا العبد بالف على أني ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لاعلى المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشترى وقوله (ومانفذه من التصرف) أى نجزه فى الحال ولم يضفه الى مابعد الموت (فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال

الصحة لانه بالبرء تبين أنه لاحق لاحد فى ماله) وقوله (فان حابى ثم أعتق) صورته رجل باع فى مرضه عبدا يساوى ألفين من رجل بالف وأعتق عبدا يساوى ألفا ولامال له سواهما (فالمحاباة أولى) وان ابتدأ بالعتق تحاصا فيه (عند أبى حنيفة ففى الاول يسلم العبد للمشترى بالف) ولم يبق من الثلث شئ الا أن العتق لايمكن رده فيسعى العبد فى قيمته للورثة وفى الثانية يتحاصان فى مقدار الثلث (وقالا العتق أولى) سواء قدم المحاباة أو أخرها فيعتق العبد مجانا لان قيمته بقدر الثلث ويخير المشترى ان شاء نقض البيع ورد العبد لمالزمه من الزيادة فى الثمن من غير رضاه وان شاء أمضى العقد وأدى كمال قيمة العبد ألفى درهم والاصل المذكور فى الكتاب ظاهر وقوله (الا العتق الموقع) أى المنجز لا المفوض الى اعتاق الورثة مثل أن يقول أعتقوه أو يوصى بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله (كالتدبير الصحيح)

الوصايا الا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة فى حكم الوصية لانه يتهم فيه كما فى الهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان أوجبه فى حال صحته اعتبارا بحالة الاضافة دون حالة العقد ومانفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين أنه لاحق فى ماله قال (وان حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند أبى حنيفة وان أعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق أولى فى المسئلتين) والاصل فيه أن الوصايا اذا لم يكن فيها ماجاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته فى الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح والمحاباة فى البيع اذا وقعت فى المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذى ذكرناه آنفا لانه أقوى فانه لايلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره يلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى

فالظاهر أن يقال مكان قوله فذلك كله جائز (قوله وانما قدم العتق الذى ذكرناه آنفا لانه أقوى فانه لايلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره يلحقه الفسخ وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى) أقول فى هذا التحرير قصور بل خلل أما أولا فلان قيد من جهة الموصى فى قوله فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى حشو مفسد لانه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا أيضا فى الروايات كما صرحوا به على أن يلحقه الفسخ من جهة غير الموصى كما فى المحاباة مع أن الفسخ لا يلحق العتق من جهة أحد أصلا وان لحق المحاباة من جهة غير الموصى وهو المشترى وأما ثانيا فلان قوله وغيره يلحقه الفسخ يوهم باطلاقه أن يلحق الفسخ المحاباة أيضا من جهة الموصى مع أنه قال وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى فالحق فى تحرير هذا المقام أن يقال فانه لا يلحقه الفسخ أصلا والمحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى وأما غيرهما فيلحقه الفسخ من جهة الموصى وغير الموصى أيضا ثم ان كثيرا من الشراح منهم صاحب العناية قالوا فى تفسير قول المصنف هنا وغيره يلحقه

(قوله كالضمان والكفالة) والضمان أعم من الكفالة فان من الضمان مالا يكون كفالة كما اذا قال لاجنبى خالع امرأتك على ألف على انى ضامن وكذلك لو قال بع هذا العبد بالف على انى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبى لاعلى المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشترى (قوله ومانفذه من التصرف) كالاعتاق والهبة (قوله الا العتق الموقع فى المرض) أى العتق المنفذ (قوله والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح) احترازعما لو قال هو حر بعد موتى بيوم أو قال اعتقوه بعد موتى فليس هذا هو العتق الذى يبدأ به والحرف فيه انما يكون منفذا عقيب الموت من غير حاجة الى التنفيذ فهو فى المعنى أسبق مما يحتاج الى التنفيذ والترجيح يقع بالسبق توضيحه أن العتق المنفذ بالموت يستحق استحقاق الديون فان صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه اذا ظفر بجنس حقه وهنا بنفس الموت يصير مستوفيا حقه والدين مقدم فكذا مافى معناه وقيل قوله كالتدبير الصحيح احتراز عن التدبير المعتل مثل أن يقول ان مت من مرضى

احتراز عن الفاسد منه مثل أن يقول أنت حر بعد موتى بيوم كما سيجىء وقوله (والمحاباة فى البيع) بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله (وغيره يلحقه) أى غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال واذا

قال المصنف (لانها ايجاب بعد الموت) أقول قياس من الشكل الثانى (قوله وغيره يلحقه أى غير العتق الموقع) أقول فيه أن الظاهر أن يقول أى غير ماذكرنا من العتق الموقع والعتق المعلق وتعميم الموقع بهما خلاف الظاهر

واذا تقدم ذلك فما بقى من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما فى الخلافية أن العتق أقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولامعتبر بالتقديم فى الذكر لانه لا يوجب التقدم فى الثبوت وله أن المحاباة أقوى لانها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة أولا دفع الاضعف واذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع

الفسخ أى غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال اه (أقول) ليس ذلك بسديد فان العتق المعلق غير العتق الموقع ولهذا عطفه المصنف عليه فيما قبل حيث قال ان العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح مع انه لايخفى أن العتق المعلق أيضا لا يلحقه الفسخ عندنا فالحق أن يقال فى تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ أى غير العتق الذى ذكرناه آنفا وهو العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى فحينئذ يستقيم المعنى جدا كما لايخفى واللفظ أيضا يساعده لا محالة فان العتق الذى ذكره يعم العتق الموقع والمعلق كما ترى (قوله واذا قدم ذلك فما بقى من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا) قال صاحب النهاية فى تفسير قوله يستوى فيمن سواهما أى سوى العتق والمحاباة واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) فيه سماجة ظاهرة فان كلمة من فى قوله من سواهما تأبى هذا التفسير جدا كما لايخفى وكذا قوله من أهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافى ذلك كما ترى فالوجه فى تفسير ذلك أن يقال أى سوى المعتق والذى حوبى له أو سوى أهل العتق والمحاباة نعم يمكن تقدير المضاف فى تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الاهل أو لفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر فى مقام التفسير اذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الاخفاء والتعمية فبقيت السماجة فى تفسيرهما المذكور لامحالة (قوله لهما فى الخلافية) قال صاحب العناية فى بيان الخلافية وهى التى قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العينى (أقول) هذا شرح فاسد لان الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التى قدم فيها المحاباة على العتق والتى قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور من قبلهما وكذا الدليل المذكور من قبله يتمشيان فى تينك المسئلتين معا بلا كلفة كما لا يخفى على ذى مسكة فلا وجه لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسئلة الاولى منهما والصواب فى بيانها أن يقال وهى التى اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق على المحاباة أو قدمت المحاباة على العتق (قوله ولا معتبر بالتقديم فى الذكر لانه لا يوجب التقدم فى الثبوت) قال فى العناية ألا يرى أنه اذا أوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثا وصل أو فصل ولاعبرة للبداءة فكذلك هنا اه وهكذا ذكر فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الاسرار (أقول) لقائل أن يقول حكم الايصاء فى صورة التنوير نازل وقت موت الموصى فى حق كل واحد منهم لان الوصية تمليك مضاف الى مابعد الموت فكان فيها معنى التعليق والحكم فى التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذى هو الموت فى حق كل واحد منهم فى صورة التنوير زمان واحد فلهذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم أثلاثا بخلاف ما نحن فيه فان العتق الموقع فى المرض منجز غير مضاف الى مابعد الموت وكذا المحاباة فى البيع اذا وقعت فى المرض والمنجز يوجب الحكم فى الحال لامحالة فينبغى أن يثبت الحكم فى المقدم فى الذكر قبل أن يثبت فى المؤخر فيه فافترقت الصورتان فتأمل

هذا أو من سفرى هذا أو من مرض كذا والتعليل بقوله لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره يلحقه الفسخ يعنى العتق الموقع والتدبير الصحيح لا يلحقه الفسخ وكذا المحاباة فى البيع لانها فى ضمن البيع فيلزمه بلزومه بخلاف التدبير المقيد فانه يلحقه الفسخ من جهة الموصى بالبيع وهذا اختلاف الرواية وفى المبسوط ولو قال ان حدث لى حدث من مرضى هذا فهو حر فانه يبدأ به قبل سائر الوصايا (قوله ولا معتبر بالتقديم فى الذكر) لانه

وقوله (يستوى فيمن سواهما) أى سوى العتق والمحاباة وقوله (لهما فى الخلافية) وهى التى قدم فيها المحاباة على العتق وقوله (لا يوجب التقدم فى الثبوت) ألا ترى أنه اذا أوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل أو فصل ولاعبرة بالبداءة فكذلك ههنا وقوله (لانها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة) يعنى وبالمرض لا يلحقها الحجر عنها (فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى) لانه لم يثبت فى ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر عنه

(قوله يستوى فيمن سواهما أى سوى العتق والمحاباة) أقول فيه شئ فان لفظة من تأبى هذا التفسير (قوله وهى التى قدم الخ) أقول فيه شئ فان الظاهر التعميم للمسئلتين (قوله وقوله لانها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة يعنى وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها) أقول ضمير عنها راجع الى المعاوضة (قوله فكان تبرعا بمعناه) أقول تذكير الضمير الراجع الى المحاباة اما باعتبار الخبر أو لكونه بمعنى أن مع الفعل أو على تأويل ماذكر قال المصنف (وهو لا يحتمل الدفع) أقول لكون المحاباة أقوى منه

وقوله (قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان) فيه بحث وهو أن يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتاخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة وأيضا لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا وماذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن تنفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني بانه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية وقوله (قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني) فان قلت لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساويا لها والعتق الاول مقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث ثم ما أصاب العتق الاول شاركه فيه العتق الآخر للمجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى صاحب المحاباة كمال حقه كان ينبغي أن يسترد صاحب المحاباة ما أخذ صاحب العتق الثاني لان حق صاحب المحاباة مقدم على صاحب العتق الثاني كما لو كانا وليس معهما عتق آخر وتقدمت المحاباة أجيب بانه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الاول لان

حق العتق الاول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي الى الدور وان نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما قال (وان أوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد) كلامه واضح وقوله (وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة) قال الامام الكاكي الآن يكون الموصى جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له

كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة نصفين وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال قال (ومن أوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي) لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة وهي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق

(قوله وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى اذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان) قال في العناية فيه بحث وهو أن يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم

لا يوجب التقدم في الثبوت لان زمان التقرر بعد الموت والكل يتقرر معا (قوله وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم

(قوله وهو يناقض الدليل المذكور) أقول أي ثبت نقيض ما أثبته قال المصنف (ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق) أقول قال في الكافي فان قيل ينبغي أن يكون تمام الثلث للمحاباة الاولى عنده

لان المحاباة الثانية مساوية للعتق والمحاباة الاولى مرجحة على العتق والمساوي للمرجوح مرجوح وكذا في المسئلة التي قبلها ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الاول عنده لان العتق الاول يساوي المحاباة والمحاباة راجحة على العتق الثاني والمساوي للراجح راجح قلنا لا يترجح العتق على العتق والمحاباة على المحاباة بالاجماع اذا لم يكن الغير متخللا وكذا اذا تخلل الغير اهـ وهذا وذكر المسئلتين فيه على عكس ترتيب الهداية (قوله وماذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح) أقول لم يذكر ذلك صريحا نعم يجوز أن يفهم من قوله والعتق مقدم عليها فيستويان فان التقدم اذا كان سببا لمساواة المرجوح للراجح تكون سببا أيضا لرجحان المساوي والجواب ان سببية التقدم لمساواة المرجوح من حيث انه لا يحتمل دفع المتاخر فتثبت المزاحمة ضرورة وأحد المتساويين اذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضا لانه ليس أقوى منه فتثبت المزاحمة أيضا ولعل هذا الجواب أولى مما ذكر في الشرح (قوله والجواب عن الاول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه) أقول فيه تأمل فانهم صرحوا بانه متى صدقت المقدمة الاجنبية التي نسبتها تنتج قياس المساواة لزمه النتيجة وهي ههنا قولنا مساوي المساوي مساو وهم صرحوا بصدقها ويجوز أن يقال ذلك في المساواة الحسية فليتامل (قوله أجيب بانه لو استرد ذلك منه لاسترد منه الخ) أقول يعني نصف ما أخذه (قوله فيؤدي الى الدور) أقول لانه يسترد منه أيضا صاحب العتق الثاني للتجانس

وقوله (وهذا أشبه) يعني الى الصواب لانه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده فيختلف المستحق اذا هلك منه شيء وتبطل الوصية وترد المائة الى ورثته وقوله (ومن أوصى بعتق عبده) أي باعتاق عبده وقوله (لانه يتلقى الملك من جهته)

أي لان الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصي (الآن ملكه) أي ملك الموصي (باق) فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما بينا أن ملك الميت فيه باق بعد لحاجته (وانما يزول ملكه) (بالدفع فاذا خرج به) أي بالدفع عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي أو وارثه بعد وفاته بسبب الدين

وهذا أشبه قال (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان أعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء) لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا أنها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد أسقطوه قال (ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية) لان الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا أن ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما

عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتاخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأيضا لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا وماذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني أنه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر من وجوه الاول أن السؤال الثاني غير متجه على كلام المصنف أصلا اذ لم يقل المصنف قط أن التقديم مطلقا يقتضي الترجيح بل انما قال ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح كما في تقديم المحاباة على الاعتاق لكون المقدم اذ ذاك دافعا للاضعف المؤخر وأما تقديم غير الاقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الاقوى كما في تقديم العتق على المحاباة ولا دفع المؤخر المساوي كما في تقديم احدى المحاباتين على الاخرى على ما هو المذكور في السؤال الثاني فلا اتجاه له أصلا على ما ذكره المصنف والثاني ان الجواب المذكور عن السؤال الاول ليس بسديد لان لزوم النتيجة القياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقا لا شرط الانتاج في الجملة فانهم مصرحون في علم الميزان بان قياس المساواة وان لم يستلزم النتيجة لذاته الا أنه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة اذا صدقت تلك المقدمة كما في قولنا أ مساو لب وب مساو لج فانه ينتج ويستلزم أن أ مساو لج بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهي ان كل مساوي المساوي مساو والسؤال الاول بمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث أن الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له فانه ان اريد أن بتنفيذ المحاباتين جميعا ثم بنقضهما بعد الموت يرتفع تقدم احداهما على الاخرى فذلك أمر لا يساعده العقل وان أريد به أن التقدم والتاخر بينهما باقيان ولكن لا تاثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ماذكره المصنف أن التقديم يقتضي الترجيح مطلقا

بينها وبين العتق فان قيل ينبغي أن يكون تمام الثلث للمحاباة الاولى عنده لان المحاباة الثانية مساوية للعتق والمحاباة الاولى راجحة على العتق والمساوي للمرجوح مرجوح فكذا في المسئلة الثانية ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الاول عنده لان العتق الاول يساوي المحاباة والمحاباة راجح على العتق الثاني والمساوي للراجح راجح قلنا لا يرجح العتق على العتق والمحاباة على المحاباة للاجماع اذا لم يكن الغير متخللا وكذا اذا تخلل الغير (قوله وهذا أشبه) أي بالصواب لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عنده فيختلف المستحق اذا هلك شيء منه (قوله لانه يتلقى الملك من جهته) أي الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصي فيكون ولي الجناية مقدما عليه أيضا (قوله الآن ملكه) أي ملك الموصي فيه باق لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لا يعتق لما بينا أن ملك الميت باق لحاجته وهذا لان ملك الورثة ملك خلافة فلا يثبت ما لم يستغن الاصل منه وهذا جواب اشكال وهو أن يقال لما كان حق ولي الجناية مقدما على حق الموصي والموصى له ينبغي أن تبطل الوصية قبل الدفع

(قوله وقوله وهذا أشبه يعني الى الصواب) أقول الظاهر تبديل الى بالباء (قوله لانه ثبت بالدليل أنه حق العبد) أقول فيه بحث قال المصنف (ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي) أقول قال في الكافي والاصل أن الايصاء بالاعتاق لا يبطل ملك الورثة فان شاؤا دفعوه وان شاؤا فدوه فان دفعوه صح الدفع لان حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذا يتقدم على من يتلقى الملك من المالك وهو الموصى له وبطلت الوصية لان الدفع يبطل حق المالك لو كان حيا فكذا يبطل حق من يتلقى الملك من جهته ألا يرى أن الموصي لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية فكذا هنا وان اختاروا الفداء فعليهم الدية لالتزامهم وجازت الوصية انتهى ولا يخفى عليك المخالفة بينه وبين ما في الهداية والتوفيق أن العبد وجب اعتاقه بالوصية ففيما يتعلق بالتنفيذ تبقى الرقبة على ملك الميت وفيما وراء ذلك عليهم نص عليه التمرتاشي

فان فداه الورثة كان الفداء في أموالهم) أي كانوا متبرعين فيما فدوه به وقوله (ومن أوصى بثلث ماله لآخر) واضح

وقوله (وان كان على المعتق دين) يعني أن من أعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض انما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وههنا لما حصلا معا بتصديق واحد بقوله صدقتما جعل كأن الامرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان معا كذلك (وله أن الاقرار بالدين) أي ولأبي حنيفة وجهان أحدهما ان الاقرار بالدين أقوى على ماذكر والثاني أن العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه ويثبت العتق من حيث الصورة لامن حيث المعنى لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لمولاه المريض أعتقتني في صحتك وقال رجل آخر لي عليك ألف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم كذلك ههنا وقوله (وعلى هذا الخلاف الخ) لهما أن الوديعة لم تظهر الا والدين ظاهر

اذا باعه الموصي أو وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال (ومن أوصى بثلث ماله لآخر فأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في الصحة وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة) لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين الا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال (ومن ترك عبدا فقال للوارث أعتقني أبوك في الصحة وقال رجل لي على أبيك ألف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى في شيء) لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كأنهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله أن الاقرار بالدين أقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته أن يبطل العتق أصلا الا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين أسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء

فالصواب في رد السؤال الثاني ما نبهنا عليه آنفا من أن الذي ذكر في الكتاب أن تقديم الاقوى يقتضي الترجيح لا أن التقديم مطلقا يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك السؤال وفي دفع السؤال الاول ماذكره صاحب معراج الدراية نقلا عن الفوائد الحميدية حيث قال فان قيل ينبغي أن يقسم الثلث بين الكل أثلاثا لان المحاباة الثانية مساوية للاولى والعتق مساو للمحاباة الثانية فكان مساويا للاولى لان المساوي للمساوي مساو قلنا العتق مساو للثانية بمعنى يخصه وهو تقدمه عليها فلا يساوي الاولى وبهذا خرج الجواب عن اشكال آخر وهو أن يقال المحاباة الاولى ترجحت على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغي أن تترجح على العتق كالاولى لان المساوي للراجح راجح لما مر أن رجحان الاولى بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه وكذا لو قال ينبغي أن لا يكون للمحاباة الثانية

الجواب عنه ان ملك الموصي فيه باق ما لم يدفع به وبقاء الوصية باعتبار بقاء ملك الموصي فاذا دفع زال ملكه فتبطل الوصية (قوله فان فداه الورثة كان الفداء في أموالهم) اي كانوا متطوعين (قوله وهو خصم في اقامتها) جواب عن اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله فان العتق عنده حق العبد فلا بد من الخصومة وهو الدعوى حتى تقبل البينة ولم توجد الدعوى من العبد فينبغي أن لا يقبل البينة على العتق والجواب عنه أن البينة انما وجدت من الخصم فان الموصى له بهذه البينة يثبت لنفسه حقه فيكون خصما والبينة من الخصم مقبولة (قوله والعتق في الصحة لا يوجب السعاية) وان كان على المعتق دين لان من أعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد له في شيء فهذا مثله وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض انما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وههنا لما حصلا معا بتصديق كل واحد يجعل كأن الامرين كانا ثبتا بالبينة فيثبتان معا لذلك (قوله ولا يمكن اسناد العتق) وهذا لان العتق لم يظهر الا ومعه الدين وانه يمنع ظهور العتق مجانا في المرض واسناد العتق الى حالة الصحة يكون بعد ثبوته فصار الدين مانعا اسناد العتق الى الصحة فبقي العتق مقصورا (قوله وعلى هذا الخلاف) وفي شرح الجامع الصغير وشروح المنظومة

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم) أقول قال في المنظومة في كتاب الاقرار في باب أبي حنيفة خلافا لصاحبيه

معها فيتحاصان كما لو أقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا معا بخلاف المورث وله أن حقه يثبت في عين الالف مقارنا لثبوت الدين في الذمة وعند انتقالهما منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقال له ذلك فقال صدقتما والاختلاف في هذه المسئلة ذكر على عكس ماذكر في الكتاب في عامة الكتب *(فصل)* قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل * اعلم أن من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلاة أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذر أو صدقة فطر فاما أن يوصي بها أولا فان كان الثاني لم تؤخذ من تركته ولم تجبر الورثة على اخراجها لكن لهم أن يتبرعوا بذلك وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما فما للعباد خاصة تقدم ذكرها وما لله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما أشبههما أو يجمع بين هذه الوصايا كلها بان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن أجازت الورثة وان لم يجيزوها فان كانت كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو أهم وان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضا أو واجبا أو تطوعا كما ذكرنا بدئ بما قدمه الموصي لان الظاهر أنه يبتدئ بالاهم

(فصل) قال (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات) لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم (فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث) لان الظاهر أنه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي أنه يبتدئ بالزكاة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد

شيء لانها مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوي للمرجوح مرجوح كذا في الفوائد الحميدية اهـ فتأمل

(فصل) ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث كذا في غاية البيان وقدم المصنف باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل كذا في عامة الشروح (قوله ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو أخرها) أقول يشكل اطلاق هذه المسئلة بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فان العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقرر في محله ومر في الباب السابق أيضا مع أنه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وان كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعتبرات وذكر في النهاية وغاية البيان أيضا نقلا عن شرح الطحاوي فتأمل (قوله لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي قوله في وضع المسئلة قدمها الموصي أو أخرها اذ على تقدير أن أخر الفرائض تكون بداءته بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداءة هناك بالاهم اذ لا شك ان الاهم هو الفرائض فكيف يتمشى هناك أن يقال الظاهر منه البداءة بما هو الاهم والجواب ان المراد بالبداءة في قوله والظاهر منه البداءة بما هو الاهم هو البداءة في الاعطاء والتمليك لا البداءة في الذكر والتلفظ فالمعنى ان الظاهر من حال الموصي البداءة في الاعطاء والتمليك بما هو الاهم في الشرع وان أخره في الذكر والتلفظ ووجه آخر وهو أن يكون المراد بالبداءة المذكورة بداءة من ينفذ وصاياه ويؤديها الى محالها من الوصي والقاضي ونحوهما لا بداءة نفسه فالمعنى ان الظاهر من حال الموصي أن يقصد بداءة من ينفذ وصاياه ويصرفها الى محالها بما هو الاهم في الشرع من بين ماذكره نفسه (قوله فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر أنه يبتدئ بالاهم) يعني ان تساوت الوصايا التي من حقوق الله تعالى في القوة بان كان كلها

الخلاف على عكس هذا فعندهما الوديعة أقوى وعنده هما سواء والله أعلم

(فصل) (قوله ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها) الوصايا لا يخلو اما أن يكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد وما كان لله تعالى فلا يخلو اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والصوم والحج والصلاة أو كله واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالوصية بحج التطوع والصدقة على الفقراء وما أشبهها فان جمع بين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحتمل جميع ما أوصى فانه ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وان كان ثلث ماله لا يحتمل ذلك فان أجازت الورثة فكذلك وان لم تجز الورثة فانه ينظر

لو تركت ألف وهذا يدعى * دينا وذاك قال هذا مودعي
والابن قد صدق هذين معا * استويا وأعطيا من أودعا

*(فصل ومن أوصى بوصايا) *(قوله والصدقة على الفقراء) أقول فانها تقع في كف الرحمن فهي حق الله تعالى (قوله وان لم يجيزوها فان كانت كلها لله تعالى) أقول الكلام يحتاج الى توجيه كما لا يخفى (قوله لان الفريضة أهم من النافلة) أقول لعله أراد بالفريضة ههنا ما يعم الواجب فلا يخالف جعل الكفارات من الفرائض لما أسلفه آنفا من عدها من الواجبات والقرينة لتلك الارادة مقابلتها بالنافلة

وجه الاولى انهما وان استويا فى الفرضية فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى ووجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصرا عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها فى القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد مالم يأت فى الكفارات والكفارة فى القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية

فرائض أو واجبات أو نوافل بدئ بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان أن يبتدئ بالاهم (أقول) لقائل أن يقول فى تمام التعليل نظر اذ الظاهر أن الاهم فى حقوق الله تعالى ماهو الاقوى منها والمفروض فى وضع مسئلتنا هذه تساوى تلك الحقوق فكيف يتصور أهمية بعضها من بعض وان وجد التفاوت بينهما من القوة من جهة بعد تساويها فى القوة من جهة الفريضة أو الوجوب أو التنفل فالظاهر أنه أهمها ماهو أقواها فى اعتبار الشرع دون اعتبار الموصى فان أريد بالاهم فى قوله لان الظاهر أنه يبتدئ بالاهم ماهو الاهم أى الاقوى فى اعتبار الشرع فلا نسلم أن الظاهر أن يبتدئ به اذ لا يهتدى كل أحد الى معرفة ماهو الاقوى فى اعتبار الشرع من بين الفرائض أو الواجبات أو النوافل فكيف يجعل ابتداؤه بشئ منها دليلا على كونه أقوى من غيره فى اعتبار الشرع وان أريد بالاهم فى ذلك ماهو الاهم عند المبتدئ كما صرح به فى الكافى حيث قال لان الظاهر من حال الانسان أن يبدئ بما هو الاهم عنده فيكون الظاهر أن يبتدئ به فمسلم لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا للبداءة فى التنفيذ والاداء بما قدمه الموصى فى الذكر مع العلم بكون ما أخره أهم فى اعتبار الشرع غير واضح فان كون الظاهر من حال الانسان أن يبدئ بما هو الاهم عنده متحقق فى المسئلة المتقدمة هنا أيضا مع أنه لم يعمل به هنالك بل عمل هنالك بما هو الاهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصى أو أخرها فليتدبر فى الدفع ثم ان صاحب العناية قصد تفصيل المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها فقال ثم الوصايا اما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما فما للعباد خاصة تقدم ذكرها وما لله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما أشبهها أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن أجازه الورثة وان لم يجيزوها فان كان كلها لله وهى فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم اه كلامه (أقول) فى تقريره خلل لان ضمير المفعول فى قوله وان لم يجيزوها اما أن يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل أو يرجع الى مطلق الوصايا جامعة كانت بينها أو غير جامعة فان رجع الى الاولى كما هو الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها فساق كلامه الخ يلزم أن لا يصح قوله فان كان كلها لله وهى فرائض أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به لان الوصايا التى كلها فرائض والتى كلها واجبات والتى كلها تطوع قسيمات للوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل فكيف يتصور أن تجعل هنا قسما منها وان رجع الى الثانية فمع كونه مما يأباه سياق كلامه يلزم أن يكون كثير من الاقسام مع أحكامها مهملا متروكا فى مقام التفصيل

ان كانت وصاياه كلها لله تعالى فانه ينظر ان كانت كلها فرائض فانا نبدأ بما بدأ به الميت وان كانت واجبات فانه يبدأ بما بدأ به أيضا وكذلك لو كانت كلها تطوعا فان كان بعضها فرائض وبعضها واجبات وبعضها تطوعا فانه يبدأ بالفرائض أولا وان أخرها ثم بالواجبات ثم بالتطوع (قوله اذ قد جاء فيهما من الوعيد) قال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الآية وقال الله تعالى ومن كفر فان الله غنى عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج وقال عليه السلام من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا وان شاء مات نصرانيا (قوله والكفارة فى القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر) وانما قيد بهذه الكفارات الثلاث فى التقديم على صدقة

فان قيل أين ذهب قول أبى يوسف ومحمد ولا معتبر بالتقديم فى الذكر فانه لا يوجب التقديم فى الثبوت ففى هذه المسئلة حجة لابى حنيفة رحمه الله عليهما أجيب بان هذا مختص بحقوق الله تعالى لكون صاحب الحق واحدا وأما اذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كما لو أوصى بثلثه لانسان ثم أوصى بثلثه لآخر وقوله (فالزكاة تعلق بها حق العباد) يعنى باعتبار أن الفقير حقه فى القبض ثابت فكان ممتزجا بحقين وقوله (اذ جاء فيهما من الوعيد مالم يأت فى الكفارات) أما فى الزكاة فقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الآية وأما فى الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله غنى عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج وقوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا الحديث وقوله (والكفارة فى القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر) ترك

(قوله فان قيل أين ذهب) أقول يعنى فى الفصل السابق (قوله ففى هذه المسئلة حجة لابى حنيفة عليهما) أقول أبو حنيفة لم يعتبر التقديم فى الذكر والا فلو أوصى بثلثه لانسان ثم به لآخر لزم أن يقدم المقدم وجوابه اعتبار علم الجانبين عنده فيه صرح به الخبازى فراجعه (قوله أجيب بان هذا مختص بحقوق الله تعالى) أقول فيه بحث للاتفاق

كفارة الافطار لانها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة وقوله (وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) فمن ذلك أن تقدم صدقة الفطر على النذر لكونها واجبة بايجاب الشرع والنذر واجب

للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف فى الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى) لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما أصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذى ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة فى نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين قال (ومن أوصى بحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ماهو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذى وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ) وفى القياس لا يحج عنه لانه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أنا جوزناه لانا نعلم أن الموصى قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أولى

وذلك مثل أن تكون الوصايا كلها فرائض أو واجبات أو نوافل والثلث يحتمل الكل أو لا يحتمل ذلك ولكن أجازه الورثة فان كلا منها قد خرج بقوله فيما قبل فان جمع بينها ولم يذكر فيما بعد أصلا فيفوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشارح المذكور انما وقع فيما وقع بزيادة قوله فان جمع بينها بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها ولو سلك فى التقرير مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ لسلم عن جميع ما ذكرنا فى بيان الخلل تأمل تقف (قوله وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) قال الشراح فمن ذلك أن يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب الشرع وكون النذور واجبة بايجاب العبد اه (أقول) لقائل أن يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغى أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة فى القتل والظهار واليمين عليها لذلك على ما ذكر فى الكتاب (قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد الخ) وفى غاية البيان قال شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى فان قيل اذا كانت الوصية

الفطر لما أن صدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر لان كفارة الفطر ثبتت بخبر الواحد وصدقة الفطر باخبار مستفيضة والاجماع (قوله على هذا القياس تقدم بعض الواجبات على البعض) فمن ذلك أن صدقة الفطر وجبت بايجاب الله فيقدم على الواجب بايجاب العبد والنذور والكفارات كلها مقدمة على الاضحية لان الاضحية اختلفوا فى وجوبها ولم يختلفوا فى وجوب النذور والاضحية مقدمة على النوافل ثم كفارة القتل مقدمة على غيرها لان كفارة القتل أقوى ألا ترى ان الاسلام شرط فى ذلك ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار لان كفارة اليمين وجبت بهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة على نفسه فكانت كفارة اليمين أقوى (قوله وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى) بان أوصى بان يحج عنه تطوعا أو أوصى بان يعتق عنه نسمة تطوعا ولم يعينها أو أوصى بان يتصدق عنه بمائة على الفقراء لا باعيانهم فانه يبدأ بما بدأ به الميت وانما كان كذلك لان الموصى له فى هذه الصورة واحد وهو الله تعالى لان الوصية بالحج صحت وكذلك الوصية بعتق نسمة لا بعينها صحت لله تعالى لا للعبد لان العبد اذ لم يكن بعينه كان مجهولا والوصية للمجهول لا تصح فثبت أن الموصى له واحد والمقصود واحد وهو التقرب الى الله تعالى (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم (قوله وصار كما اذا صرح بذلك) وهو أن يقول ابدؤا بما بدأت به هذا هو ظاهر الرواية وروى الحسن عن أصحابنا رحمهم الله انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق سواء بدأ بالصدقة أم أخرها (قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا) ما كان لله تعالى وما كان للعبد فيجعل

بايجاب العبد والنذور تقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف فى وجوبها دون وجوب النذور (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى لما بينا) يعنى قوله لان الظاهر أنه يبتدئ بالاهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدؤا بما بدأت به ولو قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذا هذا وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثلا سواء رتب على هذا الترتيب أو لم يرتب وما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد وتجعل كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال ثلث مالى فى الحج والزكاة والكفارات ولزيد يقسم على أربعة أسهم لان المقصود بجميعها وان كان متحدا وهو رضا الله فكل واحدة فى نفسها مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الآدميين فان الجميع منها وان كان المقصود منه القربة اذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا قال (ومن أوصى بحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده) كلامه واضح

(قوله وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة الخ) أقول قال السرخسى فى محيطه لان الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخيرات قال عليه الصلاة والسلام تباهت العبادات عند الله تعالى فقالت الصدقة أنا أفضلها ولان نفعها عائد الى غيره ونفع غيرها مقتصر

وقوله (وقد فرقنا بين هذا و بين الوصية بالعتق من قبل) يعنى على مذهب أبى حنيفة وهو الذى ذكره قبل هذا الفصل بقوله وله أنه وصية بعتق عبد يشترى بمائة الخ وقوله (ومن خرج من بلده حاجا) قيد به لانه اذا خرج للتجارة يحج عنه من بلده بالاتفاق وسيذكره بعيد هذا قيل هذا الخلاف فيما اذا كان له وطن فاما اذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق لانه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا أوصى وقوله (لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الخ) مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بأن المكفر اذا أطعم بعض المساكين ومات فاوصى وجب الاكمال بما بقى بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت ذكره فى الاسرار فما هو جواب أبى حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ فى حق الآمر بدليل أن الاول اذا بداله فى الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصى لم يجز ولزمه رد ما أنفقه وأما الاطعام فانه يقبل التجزى حتى ان المامور بالاطعام اذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كذا فى الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره فى الانقطاع الا أن يقال التجزى فى الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع أصلا حتى لو جامع فى خلال الاطعام مثلا لم يجب عليه اعادة ما سبق والكتاب أقوى وان كان دلالة تعمل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به وقوله (على ماقررناه)

من ابطالها رأسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا فمات فى الطريق وأوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبى حنيفة وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره فى الطريق لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فيبتدئ من ذلك المكان كانه من أهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله أن الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذى وجب والله أعلم

بحجة الاسلام فينبغى أن تقدم على الوصية لانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية اهـ (أقول) فى الجواب نظر فانه منقوض بالعتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى وبالمحاباة فى البيع اذا وقعت فى المرض فان كلا منها يقدم على جميع سائر الوصايا ما كان لله وما كان للعبد لقوة العتق من حيث انه لا يلحقه الفسخ أصلا وقوة المحاباة أيضا من حيث انه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى كما مر فى باب العتق فى المرض ولو لم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعها مع وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق فى المحاباة هو العبد وفى حقوق الله تعالى هو الله تعالى فقد اختلف المستحق وكذا الحال فى العتق الموقع فى المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبيه لان العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر (قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره الخ) قال صاحب العناية قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الخ مدفوع بقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان المكفر اذا أطعم بعض المساكين ثم مات وأوصى به وجب الاكمال بما بقى بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت ذكره فى الاسرار فما هو جواب أبى حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج وأجيب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزأ فى

كل جهة من جهات القربة مفردة ولا يجعل جهة واحدة نحو أن يقول ثلث مالى فى الحج والزكاة والكفارات ولزيد يقسم على أربعة أسهم لان كل جهة من هذه غير الجهة الاخرى وان كان متحدا وهو القربة ولكن تعتبر الجهة المسماة لان الجهة المنصوص عليها وهو كما اذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل يصرف لكل جهة سهم وان كان المقصود من الجميع القربة ثم ما أصاب القرب يصرف اليها على الترتيب الذى ذكرنا (قوله وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل) والفرق وقع على قول أبى حنيفة رحمه الله وهو ما ذكر قبل هذا الفصل فى قوله وله انه وصية بعتق عبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له الخ (قوله ومن خرج من بلده حاجا) قيد بقوله حاجا لانه لو خرج للتجارة فانه يحج من بلده بالاتفاق واليه أشار بقوله بخلاف سفر التجارة (قوله على ما قررناه) أراد به قوله قبل هذا ومن أوصى بحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله تعالى الحج من بلده الخ والله أعلم

عليه وقال عليه الصلاة والسلام خير الناس من ينفع الناس والحج أفضل من العتق لانه من الاركان الخمسة والبداءة بالافضل أولى لانه أجزل ثوابا وأعظم أجرا اهـ وأنت خبير بان قوله ونفع غيرها مقتصر عليه منقوض بالعتق قال المصنف (لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة) أقول وقرر العلامة النسفى فى الكافى دليل الطرفين هكذا لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الآية ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور فيبتدأ من ذلك المكان كانه من أهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله أن عمله انقطع بموته لقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة والخروج للحج ليس من الثلاثة ولا بناء على المنقطع وظهر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان هذا فى المعنى وخروجه للتجارة سواء وثمة يحج عنه من بلده فههنا كذلك (قوله حتى ان المامور بالاطعام) أقول يعنى فى كفارة الظهار *(باب

(باب الوصية للاقارب وغيرهم)

قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبى حنيفة وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة) وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهى الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق

حق الآمر بدليل ان الاول لو بداله فى الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصى لم يجز ولزمه رد ما انفقه وأما الاطعام فانه يقبل التجزى حتى ان المأمور بالاطعام اذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كذا فى الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره فى الانقطاع الا أن يقال التجزى فى الاطعام مستند الى الكتاب فانه أقوى وان كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به الى هنا لفظ العناية (أقول) السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله ورد وأجيب مذكوران فى النهاية وغيرها وتصرف هذا الشارح فيهما انما هو فى قوله وهذا ليس بدافع الخ ساقط اذ ليس مدار الجواب المذكور على ان المتجزئ لا ينقطع وغير المتجزئ ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من ان الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره بل مداره على ان الانقطاع لا يضر فى المتجزئ وانما يضر فى غير المتجزئ فان كل عمل غير متجز اذا انقطع قبل التمام يبطل من الاصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما فى الصوم والصلاة والحج غير متجز فاذا انقطع بموت الحاج فى الطريق وجب أن يحج من بلد الموصى أداء للواجب على الوجه الذى وجب عليه بخلاف العمل المتجزئ فانه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه أن يبطل من الاصل بل يجوز أن يتم الآخر ما بقى منه كما اذا أطعم المامور بالاطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كما نص عليه فى الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعا السؤال قطعا ولعدم فرق الشارح المزبور بين المدار من قال فى تقرير السؤال ولم ينقطع ما أطعمه بالموت والواقع فى النهاية بدل ذلك ولم يبطل هنالك ما أطعمه بالموت وفى معراج الدراية بدله ولم يجب الاستئناف هنالك بل وجب الاكمال بما بقى بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذى ذكره صاحب العناية بقوله الا أن يقال التجزى فى الاطعام مستند الى الكتاب الخ على ان التجزى ينافى الانقطاع والا لم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزى الاطعام تعارض أصلا حتى يترك العمل بالحديث المذكور فى حق الاطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته وقد عرفت أن التجزى لا ينافى الانقطاع بل يتحقق الانقطاع فى المتجزئ وغيره الا أن الاكمال بما بقى متصور فى المتجزئ دون غيره فلا يقتضى العمل بالكتاب فى حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور فى حق ذلك كما لا يخفى فما ارتكبه الشارح المزبور ههنا من ضيق العطن كما ترى

(باب الوصية للاقارب وغيرهم)

أخر هذا الباب عما تقدمه لانه ذكر فى هذا الباب أحكام الوصية لقوم مخصوصين وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم والخصوص أبدا يتلو العموم كذا فى الشروح (قوله ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز أن يقال الواو لا يدل على الترتيب وأن يقال فعل ذلك اهتماما بامر الجار اهـ كلامه (أقول) كل واحد من توجيهيه كاسد أما الاول فلان الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجى أى لا يدل على وقوع مدخوله فى الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه وأما تأخر مدخوله فى الذكر عن المعطوف عليه فامر ضرورى ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب على الثانى يعنى لما قدم ذكر الوصية للاقارب فى ترجمة الباب كان حق الكلام أن يقدم ذلك فى بسط المسائل أيضا ليحصل التناسب بين الاجمال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب فى الوقوع الخارجى لا يدفع ذلك بلا ريب وأما الثانى فلان الاهتمام

أراد به قوله قبيل هذا ومن أوصى بحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا الخ

(باب الوصية للاقارب وغيرهم)

انما أخر هذا الباب عما تقدمه لان فى هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدمه ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص أبدا يتلو العموم قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز أن يقال الواو لا تدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بامر الجار (قوله لانه لما تعذر صرفه الى الجميع)

(باب الوصية للاقارب وغيرهم) (قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب) أقول فانه نص على خصوص الاقارب وقدم

وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تايد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعى رحمه الله الجوار الى أربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما

بامر الجار لو كان واجبا أو مستحسنا لفعل ذلك فى ترجمة الباب بان قال باب الوصية للجيران وغيرهم ولما لم يفعله هنالك علم ان اهتمامه كان بامر الاقارب فكان حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب (قوله ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق الخ) أوضحه فى الكافى حيث قال ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع ألا يرى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية صرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق اه وعن هذا قال فى العناية فى شرح قول المصنف لما تعذر صرفه الى الجميع يعنى لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض (أقول) لقائل أن يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض فى الوصية لجيران الموصى لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصى نفسه على شئ من ذلك لا حقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد محلته فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصى عرفا كما سيأتى فى وجه الاستحسان فلا يلزم من تعذر صرفه الى الجميع تعذر صرفه الى أهل مسجد محلته كما قاله الامامان حتى يتعين صرفه الى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتامل (قوله ولان المقصد بر الجيران فاستحبابه ينتظم الملاصق وغيره) أقول ولقائل أن يقول نعم ان مقصود الموصى من ايصائه لجيرانه بر الجيران لكن الجيران هم الملاصقون لا غير لان الجار من المجاورة وهى الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره وان صير الى كون غير الملاصق أيضا من أهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير الى الدليل الاول فلا يكون لجعل هذا التعليل دليلا ثانيا كما هو مقتضى التحرير وجه كما لا يخفى (قوله قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى لان اسم الجار يتناولهم) أقول التعميم المستفاد من قولهم ويستوى فيه الساكن والمالك ينافى تقييد المصنف فيما مر بقوله ممن يسكن محلة الموصى الا أن يكون ما نقله ههنا عن المشايخ رواية أخرى لكن أسلوب تحريره يأبى ذلك كما لا يخفى على الفطن وقال بعض المتأخرين المفهوم من قول المصنف ممن يسكن محلة الموصى الخ اشتراط السكنى فى استحقاقهم الوصية عندهما ملاكا أو غيرهم ومما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا بدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فتأمل اه كلامه (أقول) ليس هذا بتام لان تخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلا على عدم الخلاف فى الحر الساكن لا على عدم الخلاف فى الحر الغير الساكن اذا كانوا ملاكا حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا ثم ان تعليل قولهما فى العبد الساكن بقوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن بمنزلة الصريح فى اشتراط السكنى عندهما فى استحقاقهما الوصية وان كانوا أحرارا وملاكا فانه قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك للدار فدل قطعا على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذى هو الموصى له فى الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكنى عندهما فى استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى

(قوله وما يروى فيه ضعيف) وهو ما روى عن النبى عليه السلام أنه قال الجار أربعون دارا هكذا وهكذا وهكذا أشار الى الجوانب الثلاثة يمين ويسار وخلف قلنا هذا الخبر لا يعرف وقد طعن فى روايته مع ذلك (قوله ويدخل فيه العبد الساكن عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله لاطلاقه أى لاطلاق اسم الجار وعندهما لا يدخل وفى الزيادات والمحيط ولا يدخل فيه العبد والاماء والمدبرون وأمهات الاولاد لانه لا جوار لهم لانهم اتباع فى السكنى من غير ذكر خلاف والارملة تدخل لان سكناها مضاف اليهم والتى هى ذات بعل لا تدخل لان سكناها غير مضاف اليها فلم تكن جارا حقيقة

يعنى لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض صرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق وقوله (وذلك عند اتحاد المسجد) قيل حتى لو كان فى المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران وقوله (وما يروى فيه ضعيف) يعنى ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال الجار أربعون دارا هكذا وهكذا أربع مرات اشارة الى الجوانب الاربعة فان قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن قدامة هذا ان صح كان نصا فى الباب وقد طعن فى راويه (قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى) قال محمد فى الزيادات

على غيرهم المذكور مجملا وكل ذلك يدل على أهميته وما ذكره بقوله ويجوز لا يدفعه وكذا قوله وان يقال الخ نعم يمكن أن يقال لكل من الاقارب والجيران خصوصية تستدعى الاهتمام فنبه على أهمية كل منهما من وجه بطريق حيث قدم الاقارب فى الاجمال والجيران فى التفصيل (قوله اشارة الى الجوانب الاربعة) أقول وفى بعض الشروح أشار الى الجوانب الثلاثة يمين ويسار وخلف (قوله وقال ابن قدامة) أقول من

لان

لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال (ومن أوصى لاصهاره فالوصية لكل ذى رحم محرم من امرأته) لما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون أصهار النبى عليه الصلاة والسلام وهذا التفسير اختيار محمد وأبى عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لان الكل أصهار ولو مات الموصى والمرأة فى نكاحه أو فى عدته من طلاق رجعى فالصهر يستحق الوصية وان كانت فى عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال (ومن أوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج) لان الكل يسمى ختنا قيل هذا فى عرفهم وفى عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال (ومن أوصى لاقاربه فهى للاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان

عندهما ان كانوا ملاكا من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض (قوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن) قال بعض المتأخرين ولقائل أن يقول لعله أراد بدخوله كون نفسه موصى له ومستحقا للوصية فيحمل على أنه لو أعتق قبل موت الموصى صار مستحقا له ولا يضره كونه عبدا وقت الوصية اذ العبرة لوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقى وأيضا الوصية بدأ للعبد ثم لمولاه لان العبد وما يملكه لمولاه فسكناه كاف فى استحقاقه الوصية فتامل الى هنا كلامه (أقول) كل من شقى كلامه غير صحيح أما الاول منهما فلان العبرة اذا كانت لوقت الموت دون وقت ايجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فيمن كان عبدا وقت الموت وكان الخلاف فى ذلك حقيقيا لا محالة وأما الذى كان عبدا وقت الايجاب ثم أعتق قبل الموت فصار حرا وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعا لانه لما صار حرا فى الوقت الذى له العبرة فى أحكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصى صار من قبيل سائر الاحرار بلا تفاوت فلا يصلح أن يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بلا ريب فكيف يحمل الكلام عليه وأما الثانى فلانه لا شك أن ليس معنى الوصية للعبد أن يملك شئ للعبد تمليكا مضافا الى الموت فيملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد الى مولاه ثانيا بل معناها تمليك شئ لمولى العبد كما هو الحال فى سائر التمليكات للعبد على ما صرحوا به والا يلزم أن يكون العبد أهلا للملك لنفسه ابتداء ولم يقل به أحد فاذن كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التمليك تمليكا للمولى فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناه كاف فى استحقاقه الوصية تامل ترشد (قوله ومن أوصى لاصهاره) قال صاحب النهاية أى لاقرباء امرأته وفى الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة اه واقتفى أثره فى هذا التفسير والاستشهاد بما فى الصحاح صاحبا العناية ومعراج الدراية (أقول) تفسير الاصهار فى هذه المسئلة باقرباء امرأته لا يناسب قول المصنف فيما بعد وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لان الكل أصهار فان كلا

(قوله وان كانت فى عدة من طلاق بائن لا يستحقها) وان كانت ترث منه بان كان الطلاق فى حالة المرض كذا فى المغنى (قوله ومن أوصى لاقاربه فهى للاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه الخ) وحاصله ان عند أبى حنيفة رحمه الله فى هذه المسئلة ستة أشياء أحدها ان يكون المستحق بهذا اللفظ ذا رحم محرم من الموصى والثانى ان ذلك لا يتفاوت من قبل الآباء والامهات والثالث يجب ان يكون ممن لا يرث والرابع ان يقدم الاقرب فالاقرب والخامس ان يكون المستحق به اثنين فصاعدا والسادس ان لا يدخل فيه الوالد والولد ويدخل فيه الجد وولد الولد فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة وهلال عن أبى يوسف رحمهم الله أنه لا يدخل وقال صاحباه الوصية لكل من نسب الى أقصى أب له فى الاسلام وفى المبسوط كان هذا فى زمن محمد رحمه الله لان زمنه ما كان فى أقرباء الانسان الذين ينسبون الى أقصى أب له كثرة وأما فى زماننا فيهم كثرة ولا يمكن احصاؤهم فتصرف الوصية الى أولاد ابنه وجده وجد أبيه وأولاد أمه وجدته وجدة أمه

ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال أبو بكر بن شاهويه هذه كرخدانية من محمد فى مذهب أبى حنيفة وليس كذلك فانه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو الملاك وأقول ينبغى على قول محمد أن لا يدخل الذمى لان المسجد لا يضمه الا اذا أريد باتحاد المسجد سماع الاذان وقوله (ومن أوصى لاصهاره) أى لاقرباء امرأته قال فى الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة وانما قال وهذا التفسير اختيار محمد وأبى عبيدة لان الصهر فى اللغة يجئ بمعنى الختن أيضا وقوله (وان كانت فى عدة من طلاق بائن لا يستحقها) يعنى وان ورثت منه بان يكون الطلاق فى المرض وقوله (ومن أوصى لاختانه) يعنى أن الاختان تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الازواج فيكون كل ذى رحم محرم من أزواج المحارم من الذكر والانثى كلهم فى قسمة الثلث سواء وقوله (ومن أوصى لاقاربه)

الحنابلة (قوله وليس كذلك) أقول من كلام أبى بكر بن شاهويه (قوله وأقول ينبغى على قول محمد أن لا يدخل الذمى) أقول

لا أدرى ما وجه تخصيص محمد بالذكر (قوله لان الصهر فى اللغة يجئ بمعنى الختن أيضا) أقول بدليل قولهم لكل أبى بنت اذا ما ترعرعت * ثلاثة أصهار اذا عد الصهر فاولهم خدر وثانيهم امرؤ * وثالثهم قبر وخيرهم القبر

يعنى تصرف الى الاثنين فصاعدا الاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم من جهة الاب أو الام غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا وارثين عند أبى حنيفة وقوله (وفائدة الخلاف تظهر فى آل أبى طالب) يعنى أن الموصى اذا كان علويا فعلى القول الاول أقصى الاب على فلا يدخل فى الوصية أولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثانى أقصى الاب أبو طالب لانه أدرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه أولاد عقيل وجعفر و بقية كلامه واضح الى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به و بين كونه متروكا بالاجماع بقوله (فان عنده) أى عند أبى حنيفة يقيد بما ذكرناه من الاقرب فالاقرب بالقيود الستة التى ذكرناها

والولد ويكون ذلك للاثنين فصاعدا وهذا عند أبى حنيفة وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له فى الاسلام) وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر فى أولاد أبى طالب فانه أدرك الاسلام ولم يسلم لهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله أن الوصية أخت الميراث وفى الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا فى الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافى ما فرط فى اقامة واجب الصلة وهو يختص بذى الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون أقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب فى عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى الاب فى الاسلام وعند الشافعى بالاب الادنى قال (واذا أوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه) عنده اعتبارا للاقرب كما فى الارث وعندهما بينهم أرباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب (ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين) لانه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان فى الوصية كما فى

منهم ليس من أقرباء امرأته مع أنهم يدخلون فى الايصاء بالاصهار بناء على كون كلهم أصهارا كما صرح به المصنف فالوجه أن يفسر الاصهار فى هذه المسئلة بما هو أعم من أقرباء امرأته وقد جاء فى اللغة جعل الاصهار أعم من أقرباء المرأة قال فى الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة عن الخليل قال ومن العرب من يجعل الصهر من الاحماء والاختان جميعا اه وقال فى القاموس الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه أصهار ثم قال وزوج بنت الرجل وزوج أخته والاختان أصهار أيضا اه تدبر (قوله وله أن الوصية أخت الميراث وفى الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا فى الوصية) أقول فيه بحث وهو أنه ان أراد أن الوصية أخت الميراث فى جميع الاحكام فهو ممنوع كيف وقد مر فى الكتاب أنه يجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا توارث بينهما لاختلاف الدينين على ما تقرر فى محله وكذا قد مر فيه أنه تجوز الوصية للقاتل عند اجازة الورثة اياها على ما تقرر فى محله عند أبى حنيفة ومحمد ولا يجوز الميراث للقاتل عند أحد ولو أجازته الورثة كما صرحوا به وكذا مر فيما آنفا فى مسئلة الايصاء لاختانه أنه يستوى فيه الحر والعبد والاقرب والابعد ولا ميراث للعبد أصلا ولا يستوى فى الميراث الاقرب والابعد على ما تقرر وان أراد أن

لا يصرف الى أكثر من ذلك (قوله وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ) وفائدة الاختلاف تظهر فى أولاد أبى طالب فانه أدرك الاسلام ولم يسلم) لا وهو ما اذا كان الموصى علويا فعلى القول الاول أقصى أب أسلم على رضى الله عنه فلا يدخل فى الوصية أولاد عقيل و جعفر رضى الله عنه وعلى القول الثانى أقصى أب أدرك الاسلام أبو طالب فيدخل فيه أولاد عقيل و جعفر ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام (قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ) جواب اشكال على قولهما وهو ان يقال انهم تساووا فى سبب الاستحقاق وهو اسم القرابة فوجب التساوى فى الاستحقاق

(وعندهما باقصى أب له فى الاسلام وعند الشافعى بالاب الادنى) وما كان متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به لا محالة وقوله (واذا أوصى لاقاربه وله عمان وخالان) يعنى وله ولد يحرز ميراثه فالثلث لعميه وهذا الى آخره تفصيل ما أجمله من القيود على مذهب أبى حنيفة وقوله (لانه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان فى الوصية) يعنى لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له النصف أيضا واعترض بان فى هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة المزاحم حيث قال اذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه عم آخر وحينئذ كان لقائل أن يقول اذا كان عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان معه عمان كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال يجب له الربع أو الخمس عند انفراده على تقدير أن يكون معه ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام وهلم جرا وأجيب بان ذلك غير لازم لان اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذره فتعين أدنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان الميراث

اه من شرح الزيادات للعتابى (قوله فصاعدا الاقرب فالاقرب) أقول يعنى يقدم الاقرب فالاقرب و بالجملة فيه شرائط الاول أن يكون اثنين فصاعدا والثانى كونه قريبا والثالث كونه من ذى رحم محرم والرابع كونه من جهة الآباء والام والخامس كونه غير الوالدين والولد والسادس عدم كونه وارثا قال المصنف (وقال صاحباه الوصية لكل من ينتسب الى أقصى أب له فى الاسلام) أقول قال فى الكافى يستوى فيه الاقرب والابعد الواحد والجمع والكافر والمسلم انتهى وهذا الكلام لمحمد يخالف ما قاله اذا أوصى رجل لامهات أولاده بالثلث وللفقراء والمساكين

لتيقنه والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف ما لهما واذا أخذ العم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقى من الثلث للخالين وفى قولهما الثلث بينهم أثلاثا وقوله (لما بيناه) أراد به قوله لانه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ وقوله (وهى أقوى) أى قرابة العمومة أقوى من قرابة الخؤلة وقوله (والعمتان وان لم تكن وارثة) جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة ويقدم العم على الاخوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب ووجهه أنها مستحقة للوصية ومساوية للعم فى الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة لوصف قام بها وهو الانوثة لا يخرجها عن مساواتها العم فى استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق أو الكافر لما أن حرمان الميراث لوصف قام به لا لضعف فى القرابة وقوله

الميراث بخلاف ما اذا أوصى لذى قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهى أقوى والعمتان لم تكن وارثة فهى مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا أو كافرا وكذا اذا أوصى لذوى قرابته أو لاقربائه أو لانسبائه فى جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن أوصى لاهل فلان فهى على زوجته عند أبى حنيفة وقال يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وائتونى باهلكم أجمعين وله أن اسم الاهل حقيقة فى الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله

الوصية أخت الميراث فى بعض الاحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب اذ الخصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو أول المسئلة ثم ان أبا حنيفة رحمه الله لم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث فى مسئلتنا هذه أيضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر كما قال به صاحباه على ما نص عليه الامام الزيلعى فى التبيين حيث قال ويستوى الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين اه وقد أفصح عنه فى الكافى وغيره أيضا ولا ميراث للعبد والكافر أصلا فضلا عن التساوى مع الحر والمسلم وأما الانثى فانها وان ورثت الا أنها لا تستوى مع الذكر فى الاستحقاق البتة فلم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث فى هاتيك الامور فى مسئلتنا هذه أيضا فكيف يتم الاستدلال على مدعى أبى حنيفة ههنا بان الوصية أخت الميراث فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تفطن له فلم يتعرض فى الاستدلال على قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة لحديث الاخوة بين الوصية والميراث بل استدل عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر فى كتابه ذلك (قوله وله أن اسم الاهل حقيقة فى الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة) أقول فى الاستشهاد بقوله تعالى وسار باهله نظر لانه انما يدل على أن لفظ الاهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على أنه لا يطلق على غيرها أيضا بطريق الحقيقة اذ لا يلزم من أن يراد بلفظ فى موضع فرد مخصوص من أفراد معناه أن لا يجوز اطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد ذلك المعنى ألا يرى انك اذا قلت رأيت انسانا يفعل

أصله اذا أوصى لبنى فلان فاجاب أنه لا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعند أبى حنيفة رحمه الله يقيد بالاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه وعندهما باقصى الاب فى الاسلام وعند الشافعى رحمه الله بالاب الادنى أى يدخل من قرابة الموصى من قبل أبيه وأمه من يجمعه الى أدنى أب منسوب اليه ولا يدخل ما وراء الادنى من قرابته عنده (قوله ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه) أراد به قوله لابد من اعتبار معنى الجمعية (قوله لانها مقيدة بهذا الوصف) لان غرضه الصلة لاقربائه وما كان بطريق الصلة يختص بذى الرحم المحرم كالنفقة (قوله وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته) ولكن لا يدخل

(لانسبائه) الانسباء جمع النسيب وهو القريب كالانصباء فى جمع النصيب وقوله (فى جميع ما ذكرنا) يعنى من القيود المذكورة على قول أبى حنيفة خلافا لهما قال (ومن أوصى لاهل فلان فهى على زوجته) الوصية لاهل فلان تنصرف الى الزوجة عند أبى حنيفة والى كل من يضم نفقة فلان من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى وائتونى باهلكم أجمعين فانه ليس المراد به الزوج خاصة وكذا قوله تعالى فنجيناه وأهله الا امرأته وله أن الاهل فى الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله فلا يصار الى غيرها مع امكان العمل بها قيل فى الاستدلال بهذه الآية نظر لانه خاطب بلفظ الجمع بقوله امكثوا والمرأة لا تخاطب بذلك والجواب أنه لم ينقل انه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها

ممن ضمتهم نفقته فان كان معه من الارقاء أحد لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها لان طريق معرفتها السماع كما عرف فى الاصول وانما استشهد بالآية تأنيسا فان ثبت أن ما فى الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافى مطلوبه كالآيات التى استدلا بها وقوله فلان

حيث اعتبر فيه معنى الجمعية ولم يعتبر ههنا (قوله قيل فى الاستدلال) أقول القائل هو الاتقانى (قوله على أن الحقائق لا يستدل عليها) أقول ان أراد أنه لا يستدل عليها بالقياس فمسلم ولكن ليس الاستدلال عليها بالآية الكريمة كذلك بل هو من قبيل السماع وان أراد مطلقا فغير مسلم (قوله كالآيات التى استدلا بها) أقول منها ما ذكر فى الكتاب ومنها فنجيناه وأهله الا امرأته ومنها ووهبنا له أهله ومثلهم معهم كذا قال الاتقانى وقال ولم يرد فى هذه المواضع الزوجة خاصة فتحمل على الكل اه أن المماليك لا يدخلون لانهم خدم الاهل تبع لهم

تاهل ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله (لان الانسان يتجنس بابيه) فان ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليهما وسلم كان من جنس قريش وأولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وان كان أكثرهم من الاماء فعلم أنهم يدخلون فى هذا اللفظ دون عشيرة الام وقوله (ولو أوصى لايتام فلان) اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام والعميان والزمنى معروفة والارمل هو الذى لا يقدر على شئ رجلا كان أو امرأة من أرمل اذا افتقر من الرمل كادقع من الدقعاء وهى التراب ومن الناس من قال الارمل فى النساء خاصة والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم وهو اختيار الشعبى فاذا أوصى لهؤلاء فاما أن يكونوا قوما يحصون أولا فان كان الاول وحد الاحصاء عند أبى يوسف أن لا يحتاج فى الاحصاء الى كتاب ولا حساب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد اذا كانوا أكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى رأى القاضى دخل فى الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم واناثهم لان الوصية تمليك وتحقيق التمليك فيهم ممكن وان كان الثانى فالوصية للفقراء منهم لما ذكره فى الكتاب وهو واضح

(قوله اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم) أقول قوله قبل ظرف لاسم والظاهر أنه من باب التنازع قال الكاكى اليتيم صغير لا أب له وفى الجامع الكبير لشمس الائمة فان قيل أليس أن الكفار يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيم أبى طالب قلنا هذا لطف من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام فانهم كانوا يسمون اليتيم وهو ليس بيتيم فلا يتناوله سهم كما يسبون مذمما وهو ليس كذلك بل كان محمدا عليه الصلاة والسلام انتهى (قوله والارمل هو الذى لا يقدر على شئ رجلا كان أو امرأة) أقول فى المحيط الارامل كل امرأة فقيرة بلغت فارقها زوجها أو مات عنها دخل بها أولم يدخل وقول محمد حجة وهكذا قال صاحب الزاهر أن الارملة هى التى لا زوج لها مأخوذ من قولهم أرمل القوم اذا فنى زادهم والذكر يسمى أرملا مجازا خلافا للشعبى وابن قتيبة قال صاحب الزاهر لا يقال رجل أرمل الا فى الشذوذ ومطلق الكلام يحمل على الشائع المستفيض بين الناس لا على الشاذ النادر انتهى (قوله والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم) أقول فى دلالة ذلك على ما ذكره بحث فان الظاهر أن كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس وانظر الى الكافى (قوله وقال بعضهم هو مفوض الى رأى القاضى) أقول وعليه الفتوى (قوله دخل فى الوصية فقراؤهم) أقول هذا جواب ان كان الاول لانه

ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة قال (ولو أوصى لآل فلان فهو لاهل بيته) لان الآل القبيلة التى ينسب اليها ولو أوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده لان الاب أصل البيت ولو أوصى لاهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الام والاب ولو أوصى لايتام بنى فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل فى الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم واناثهم

كذا وأردت بالانسان هناك فردا مخصوصا من أفراده لا يلزم منه أن لا يطلق لفظ الانسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراده فى موضع آخر فاذن لا يثبت بتلك الآية مطلوب أبى حنيفة هنا وهو اختصاص الوصية لاهل فلان بزوجته بل يجوز أن تتناول غيرها أيضا كما قال صاحباه واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وقول صاحب الهداية وغيره فى الاحتجاج لابى حنيفة بقوله تعالى وسار باهله فيه نظر لانه لم يرد فى الآية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار باهله آنس من جانب الطور نارا قال لاهله امكثوا ألا يرى أنه خاطبهم بخطاب الجمع اه وأجاب عنه صاحب العناية حيث قال بعد نقله والجواب انه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمتهم نفقته فان كان معه الارقاء لم يدخل فيه أحد بالاتفاق اه (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان هذا كلام خال عن التحصيل فى دفع نظر صاحب الغاية فان حاصل نظره القدح فى الاحتجاج لابى حنيفة بقوله تعالى وسار

تحت هذه الوصية مماليكه وان كان يضمهم بنفقته (قوله لان الانسان يتجنس بابيه) لان الجنس عبارة عن النسب والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه فان اسمعيل عليه السلام كان من هاجر وكان من جنس قوم أبيه وابراهيم رضى الله عنه ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش وأولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة فعلمنا انهم يدخلون فى هذا اللفظ دون عشيرة الام كذا فى المبسوط (قوله ولو أوصى لايتام بنى فلان) فاليتيم اسم لصغير مات أبوه لقول النبى صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم ولان اليتم عبارة عن الانفراد يقال درة يتيمة أى لا نظير لها فهى منفردة فمن انفرد عن مربيه فى حال حاجته الى التربية كان يتيما وبعد البلوغ فقد استغنى عن مربيه لقدرته على القيام بمصالح نفسه فلا يسمى يتيما فان قيل أليس ان الكفار كانوا يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيم أبى طالب قلنا هذا لطف من الله تعالى لنبيه فانهم كانوا يسمونه اليتيم وليس بيتيم فلا يتناوله سهم كما كانوا يسمونه مذمما فيسبون المذمم ولا يتناوله لانه كان محمدا عليه السلام ثم يدخل فيه الفقير والغنى ههنا لتحقق معنى اليتم فى الفريقين (قوله ان كانوا قوما يحصون) وتفسيره عند أبى يوسف ان يحصوا بغير كتاب وقال محمد رحمه الله اذا كانوا أكثر

قوله (بخلاف ما اذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أو لايامى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية) فيه اشارة الى أنهم اذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم فى دخول الغنى والفقير وهل يدخل الذكر والانثى فى الايامى دخوله فى الارامل أولا قال الكرخى يدخل لان الايم هى التى لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا أو يقال رجل أيم أيضا وقال محمد الايم هى الثيب خاصة وقول المصنف محتمل والظاهر دخوله لانه تركه اعتمادا على ذكره فى الارامل وانما بطلت الوصية فى الشبان والايامى لانه ليس فى اللفظ ما يدل على الفقير حتى يصرف الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا فى حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف اليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ أربعين فزاد عليه ما بين خمسين الى ستين الى أن يغلب الشيب فحينئذ يكون شيخا وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع وأقله اثنان فى الوصايا على ما مر وقوله (ولو أوصى لبنى فلان) يعنى اذا أوصى لبنى فلان فلا يخلو اما أن يريد مفهومه الاضافى أو يكون اسم قبيلة أو فخذ فان كان الاول لم يدخل فيه الاناث عند أبى حنيفة رجع اليه وكان يقول أولا يدخل وهو قولهما والخلاف عند الاختلاط أما اذا كانت الاناث منفردات فلا تدخل بالاتفاق وجه قولهما أن جمع الذكور يتناول الاناث وقد عرف فى موضعه ووجه قوله الآخر أن حقيقة هذا الاسم وانتظامه الاناث تجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة وان كان الثانى يتناول لان المراد به مجرد الانتساب لبنى آدم قال المصنف (وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين) أقول مخالف لما سبق فى باب الوصية بثلث المال فيما اذا أوصى لامهات أولاده وللفقراء والمساكين الا أن يكون هذا قول محمد ثم رأيت فى غاية البيان أن المسئلة مختلف فيها وان هذا قول محمد والحمد لله تعالى (قوله ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الاناث فى قول أبى حنيفة أول قوليه وهو قولهما) أقول وفى الكافى مخالف لما فى الكتاب ففيه ولو أوصى لبنى فلان فهو للذكور لا غير عند أبى يوسف وهو قول أبى حنيفة آخرا اعتبارا للحقيقة وقال محمد يدخل فيه الاناث وهو قول أبى حنيفة أولا اه فلعل فيه روايتين

لانه أمكن تحقيق التمليك فى حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية فى الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهى فى سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامى تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أو لايامى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس فى اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا فى حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع وأقله اثنان فى الوصايا على ما مر ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الاناث فى قول أبى حنيفة أول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها أعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة

باهله بناء على انما وقع فى سياقه من خطاب الاهل بلفظ الجمع يأبى كون المراد بالاهل هناك الزوجة

من مائة فهم لا يحصون وقال بعضهم مفوض الى رأى القاضى وعليه الفتوى والايسر ما قاله محمد رحمه الله كذا فى فتاوى قاضيخان (قوله وهذه الاسامى تشعر بتحقق الحاجة) أما اليتم والعمى والزمانة فظاهر وكذا الارامل لانها جمع أرملة وهى المرأة التى مات زوجها أو فارقها وهى فقيرة وفى المغرب أرمل افتقر من أرمل كادقع من الدقعاء وهى التراب ثم قال وفى التهذيب يقال للفقير الذى لا يقدر على شئ من رجل أو امرأة أرمل ولا يقال للتى لا زوج لها وهى موسرة أرملة وقال الشعبى الانوثة ليست بشرط بل يدخل فيه الذكر والانثى الا أن الصحيح ما فسره محمد رحمه الله ان الارملة هى المرأة البالغة التى كان لها زوج فارقها أو مات عنها دخل بها أو لم يدخل وقوله حجة فى اللغة وقال بعضهم الارملة التى لا زوج لها ولا يشترط انه كان لها زوج (قوله بخلاف ما اذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون) فى الصحاح الشباب جمع شاب وكذلك الشبان وفى الايضاح وقال أبو يوسف رحمه الله اذا أوصى لشبان أهل بيته أو لكهولهم أو لشيوخهم فالشبان من خمسة عشر الى خمسين سنة الى أن يغلب عليه الشمط والكهل من ثلاثين سنة الى آخر عمره والشيخ ما زاد على خمسين وجعل أبو يوسف رحمه الله الشيخ والكهل سواء فيما زاد على خمسين وروى عن محمد رحمه الله أنه قال الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ أربعين فزاد عليه وما بين خمسين الى ستين الى ان يغلب عليه الشيب يكون حينئذ شيخا والايم التى لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا ورجل أيم أيضا وقد آمت أيمة والفقر فيه ليس بلازم فلذلك صار اسم الايامى بمنزلة اسم الشبان فى أنه لا ينبئ عن الحاجة فبطلت الوصية فيما اذا كانوا لا يحصون وفى الجامع الكبير والايم اسم لكل امرأة جومعت بنكاح جائز أو فاسد أو بفجور ولا زوج لها غنية كانت أو فقيرة صغيرة كانت أو بالغة هكذا فسره محمد رحمه الله وقيل ان الانوثة ليست بشرط والجماع ليس بشرط والصحيح ما فسره محمد رحمه الله كما ذكرنا (قوله ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيه الاناث فى قول أبى حنيفة رحمه الله أول قوليه) وانما يدخل الاناث تحت هذه الوصية فيما اذا اختلط

ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم يقسم الوصى بين من يقدر عليهم من فقرائهم قال (ومن أوصى لولد فلان) ومن أوصى لولد فلان اما أن يكون أبا خاصا أو فخذا فان كان الاول فالوصية تناولت الاولاد دون أولادهم الذكر والانثى عند الانفراد والاختلاط سواء لان اسم الولد يتناول الصلبى كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجاز لا يصار اليه عند امكان العمل به فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل أولاد الاولاد وأولاد الابناء رواية واحدة وفى أولاد البنات روايتان هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة أن الوصية لولد فلان تتناول الولد وولد الولد فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم قال القدورى والصحيح أنهم لا يدخلون وذكر فيه الحقيقة والمجاز كما ذكرنا وان كان الثانى يدخلون وان كان الصلبى قائما لان فلانا اذا كان فخذا فبنوه وبناته لا تخلو عن الاولاد عادة فتكون مرادة فتدخل بخلاف ما اذا كان أبا خاصة فان بنيه وبناته قد تخلو عن الاولاد فلا تكون مرادة وقوله (ومن أوصى لورثة فلان) واضح وقوله (ومن أوصى لمواليه) مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعى يجيز ذلك فاجاز هذا وأصحابنا ما جوزوه وكذلك هذا والمروى عن الشافعى رواية عن أبى حنيفة لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى يطلق على الاعلى والاسفل متواطئ كالاخوة على بنى الاعيان وبنى العلات وبنى الاخياف وليس بظاهر لان معنى الاخوة فى الجميع واحد وهو اشتمال صلب الاب أو الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الاعلى منعم ومعنى الاسفل منعم عليه فكان فى أحدهما بمعنى الفاعل وفى الآخر بمعنى منعم

وحلفاؤهم قال (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء) لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا (ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين) لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما فى الميراث ومن أوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعى فى بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر فى موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا له أن الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر

خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جوابا عنه تامل تفهم فالاظهر فى تعليل قول أبى حنيفة هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولابى حنيفة أن الاهل عند الاطلاق

الذكور والاناث وأما اذا انفرد الاناث فلا شئ لهن بالاتفاق (قوله بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والاناث) هذا اذا كانوا يحصون أما اذا كانوا لا يحصون فالوصية باطلة كذا فى المبسوط وذكر فى الجامع الكبير شمس الائمة وان كان فى بنى فلان موالى عتاقة وموالى أسلموا على أيديهم ووالوهم وفقراء موالى موال وحليف لهم وعديدهم يدخلون جميعا فى الوصية يقسم الوصى بين من يقدر عليهم من فقرائهم والحليف اسم من يأتى قبيلة فيحالفهم فيحلفون له على التناصر والعديد من يعد نفسه منهم وهم عدوا ذلك له من غير حلف وانما دخل الكل لان الايجاب ههنا تعلق بالنسبة الى القبيلة وهم فى هذه النسبة سواء للتناصر بينهم بهذه الاسباب (قوله ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى سواء) أى فى القسمة والاستحقاق حتى لو كانوا ذكورا واناثا يقسم بينهم بالسوية ولو كان الكل اناثا دخلن تحت الوصية لان الوصية حصلت باسم الولد واسم الولد يطلق على الاناث حالة الانفراد كما يطلق على الذكور ثم فى مسئلتنا ان لم يكن لفلان الا ولد واحد كان الثلث كله له بخلاف ما لو أوصى لاولاد فلان وله ولد واحد فانه يستحق النصف ووجه الفرق بينهما ان الاولاد جمع وأقل الجمع فى باب الوصية والميراث اثنان فكان للواحد النصف كما لو أوصى لاقربائه وله عم واحد كان له النصف وأما الولد فليس باسم جمع وانما هو اسم جنس ومطلق اسم الجنس يطلق على أدنى ما يطلق عليه الاسم كما لو حلف لا يشرب الماء ولا يتزوج النساء حيث يحنث بشرب قطرة ونكاح واحدة واذا أوصى لاولاد فلان وليس لفلان أولاد صلبية يدخل فى الوصية أولاد البنين وهل يدخل أولاد البنات فيه روايتان (قوله ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين) هذا اذا مات الموصى لورثته ثم مات الموصى أما لو مات الموصى قبل ان يموت الموصى لورثته فالوصية باطلة (قوله فصار كالاخوة) يعنى اذا أوصى لاخوة فلان فانه يصح ويدخل فيه الاخ لاب وأم والاخ لام والاخ لاب لان الكل يسمى أخا لفلان فكذا ينبغى ان يدخل ههنا المولى الاعلى والمولى الاسفل لان كلا منهما يسمى مولى وهذا رواية عن أبى حنيفة رحمه الله (قوله ولنا ان الجهة مختلفة) لان المولى الاعلى منعم والمولى الاسفل منعم عليه بخلاف الاخوة لان اسم الاخ يطلق على كل واحد بمعنى واحد وهو المتفرع من أصله فصار الاسم عاما لا مشتركا

(قوله فهم من ذلك قوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم) أقول أى يورثكم فان ولد الابن يدخل فى الميراث مع البنت الصلبية والجواب أنه دخل فى الميراث مع البنت بدليل آخر كذا فى معراج الدراية وعندى أن الفهم بطريق آخر فانه اذا لم يكن للميت صبى وكان له ابن ابن وبنت ابن مثلا يكون المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين بهذه الآية فعلم أن الاولاد يتناول أولاد الاولاد (قوله فلانا اذا كان فخذا فبنوه وبناته لا تخلو عن الاولاد عادة) أقول فيه بحث فان الخلو وعدم الخلو لا مدخل له فى كون أولاد الاولاد مرادة اذا كانت معنى مجازيا للاولاد الا اذا قامت قرينة على ارادتها أيضا والظاهر أن يقال اذا كان فلان فخذا يكون المراد مجرد الانتساب اليه فيدخل الكل بخلاف ما اذا كان أبا خاصا فليتامل

المفعول واليه أشار بقوله ان الجهة مختلفة وقوله (فى موضع الاثبات) احتراز عن صورة النفى كما ذكر فى الكتاب وهو اختيار شمس الائمة وعامة أصحابنا على أن لا عموم للمشترك لا فى النفى ولا فى الاثبات وأجابوا عن مسئلة الحلف بترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه فى النفى بل الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشئ وقد قررناه فى التقرير مستوفى بعون الله وتأييده فان قيل سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة أجيب بان الكلام فيما اذا مات الموصى قبل البيان والتوقف فى مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة أخرى ممكن وهو أن تصرف الوصية الى المولى الذى أعتقه لان شكر المنعم واجب وأما فضل الانعام فى حق المنعم عليه فمندوب والصرف الى الواجب أولى منه الى المندوب كما هو المروى عن أبى يوسف بهذا المعنى أجيب بانها معارضة بجهة أخرى وهو أن العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب فى المولى الاسفل الفقر وفى الاعلى الغنى والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو المروى عن أبى يوسف بهذا المعنى ولو أوصى لمواليه وليس له المولى الاعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق فى حال الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لان عتقه لا يثبت بعد الموت لان المتوقف على الشئ لا بالعلية يعقبه وجودا والوصية تضاف الى حالة الموت لانها أخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما (وعن أبى يوسف أنهم يدخلون) لان سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد (لازم) أى ثابت مستقر والاصح الاول لانهم لا ينسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت (ويدخل فيه) أى فى هذا الايصاء يعنى بالاجماع عبد قال له مولاه وهو واضح ولو أوصى لمواليه وله موال وأولاد الموالى وموالى الموالاة دخل معتقوه وهو ظاهر وأولادهم لان نسبتهم اليه بالولاء للمعتق الذى باشر فى آبائهم والفروع أجزاء الاصول فكان الاطلاق حقيقة فيهم كما فى أصولهم ولهذا لا يصح نفى اسم المولى عنهم بخلاف ما تقدم من بنى فلان وأولادهم لان النفى عن الفروع صحيح حيث يجوز أن يقال ليسوا بنى فلان وانما هم بنو بنيه وعن أبى يوسف أنهم يعنى موالى الموالاة يدخلون أيضا لما ذكره فى الكتاب وهو واضح

منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد فى موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفى ولا تنافى فيه ويدخل فى هذه الوصية من أعتقه فى الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن أبى يوسف أنهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم أضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال وأولاد موال وموالى موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالى الموالاة وعن أبى يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة فى المعتق الانعام وفى الموالى عقد الالتزام

رادبه الزوجة فى متعارف الناس يقال فلان متاهل وفلان لم يتاهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل ويرادبه الزوجة فتحمل الوصية على ذلك اهـ تبصر تقف (قوله ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله) أقول فى التعليل كلام لان مقتضى قوله لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت أن لا تجوز الوصية لاحد من هؤلاء أصلا اذ يلزم حينئذ أن يكونوا أرقاء فى حالة تضاف الوصية اليها وهى حالة الموت فان المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون اضافة الوصية الى حالة الموت والوصية للرقيق بشئ غير رقبته لا تجوز كما نصوا عليه وقد مر فى الكتاب أن الوصية لامهات الاولاد بثلث ماله جائزة ولا يمكن أن تتعلق تلك الوصية برقبتها الا ان الوصية بالرقبة اعتاق والوصية لها لا يحتمل أن تكون اعتاقا لانها تعتق بموت مولاها وان لم تكن ثمة وصية أصلا كما حققه الشراح هنالك فكان بين تلك المسئلة وبين هذا التعليل تدافع ويمكن أن يقال جواب تلك المسئلة على موجب الاستحسان كما ذكروه هنالك وهذا التعليل على موجب القياس ووجه الاستحسان الذى ذكروا هنالك غير متمش ههنا كما يعرف بالتامل الصادق فلا يصار اليه ههنا (قوله وعن أبى يوسف انهم يدخلون أيضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء) قال بعض المتاخرين قلت لا يخفى ان تناول الاسم للاعلى والاسفل بطريق التواطؤ وليس بابعد من كون هذا التناول كذلك فالعجب أن أبا يوسف جوز هذا دون ذلك اهـ (أقول) ان أبا يوسف جوز ذلك أيضا فى رواية عنه كما صرح به صاحب الكافى هنالك حيث قال وقال الشافعى الوصية لهم جميعا وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف وهو قول زفر لان الاسم يتناولهم اهـ وصرح به صاحب معراج الدراية أيضا هنالك حيث قال وروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف أن الوصية لهم جميعا وهو قول زفر وأحمد والشافعى فى قول اهـ وما ذكره المصنف فى هذه المسئلة رواية أيضا عن أبى يوسف لا قوله مطلقا كما يشير

(قوله ويدخل فى هذه الوصية) أى فى الوصية لمواليه

(قوله فيصير بذلك المعنى كالشئ وقد قررناه فى التقرير) أقول قال فى التقرير يتناول الموجودات المختلفة باعتبار معنى واحد انتهى ثم قال كذا فى أصول شمس الائمة وفيه نظر لانه يفضى الى جواز ارادتهما فيما يصح الجمع بينهما واسنا نقول به الا اذا جعل معنى كلامه أن الكلام متروك بدلالة اليمين الى مجاز يعمهما وهو أن يكون المولى من تعلق به عتق وهذا المعنى بعمومه يتناول الاعلى والاسفل انتهى ما فى التقرير (قوله

أن المشترك لا يعمل به الا اذا لم تكن قرينة على أحد المعنيين وههنا قرينة تعين أحدهما وهو أن ولاء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلماء وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا تتحقق المزاحمة بينهما ولو لم يكن له الا موالي موالاة كان الثلث لهم لان الحقيقة اذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز صونا لكلام العاقل عن الالغاء (ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) وحكم ولد المعتق لما ذكرنا أن اسم الموالي لاولاد الموالي حقيقة

والاعتاق لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه وأولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه بخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه لانهم ليسوا بموالية لا حقيقة ولا مجازا

اليه قول المصنف وعن أبي يوسف حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال أبو يوسف ويرشد اليه أيضا أن شمس الائمة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية فالعجب من ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تجويز أبي يوسف تناول الاسم للكل في المسئلتين مع امع كونها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة فتعجب أنه جوز التناول للكل في هذه المسئلة دون الاولى ومفاسد قلة التدبير والتتبع مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان (قوله وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما اذا لم يكن له موال أي موالي العتاقة ولا أولاد الموالي أي ولا أولاد موالي العتاقة يعني حينئذ الثلث لموالي الموالاة وقال في الجامع الكبير وان لم يكن له الا موالي الموالاة كان الثلث لهم لان الاحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة فان لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف آنفا ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي المولى عقد الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة باشتراكه بينهما وبينوا مراد المصنف هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا ما ذهب اليه صاحبا النهاية والعناية لما صح قوله في التعليل لان اللفظ لهم مجاز اذ لا شك أن اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنييه أو معانيه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أنه اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي فالثلث لموالي الموالي فحينئذ يرتبط قوله وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي بما قبله أشد ارتباط وينتظم تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز الخ انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح في الكافي بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة وفي غاية البيان أيضا عند شرح كلام المصنف هنا وكأن صاحب النهاية انما اغتر بما نقله عن الجامع الكبير فان المذكور فيه موالي الموالاة دون موالي الموالي لكن التعليل المذكور هناك وهو قوله لان الاحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسئلة غير آب عنها فانه لا ينافي الاشتراك لجواز أن يكون أحد معنيي المشترك أحق بالارادة من الآخر لامر مرجح وان كان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما أشار اليه المصنف فيما مر بقوله والاعتاق لازم فكان الاسم له أحق بخلاف تعليل المصنف هنا على تقدير أن يراد بالمسئلة ما ذكر في الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فانه لا يطابق المسئلة حينئذ بل يأباه جدا كما بيناه آنفا (قوله ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لقائل أن يقول لم لا يصار ههنا الى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الالغاء في حق النصف والمصير الى عموم المجاز مخلص معروف في دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه ههنا أن يحمل الموالي على من كان للموصي مدخل في عتقه أعم من أن يكون بطريق المباشرة كما في معتق نفسه أو بطريق التسبيب كما في معتق معتقه فليتأمل والله أعلم

(قوله وبخلاف ما اذا لم يكن له موال) أي موالي عتاقة ولا أولاد الموالي أي أولاد موالي عتاقة (قوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم) هكذا وقع في النسخ والصواب أعتقهم أبوه أو ابنه كما هو المذكور في الايضاح والجامع الكبير لان التعليل الذي علل به انما يصح في الذين أعتقهم ابنه أو أبوه لا في موال أعتقهم الموصي لان أولئك مواليه حقيقة

وهو ان ولاء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة الخ) أقول فيه بحث (قوله لان الحقيقة اذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز) أقول يخالف لما ذكره آنفا من القول بالاشتراك الا أن يبنى على التسليم والتنزل قال المصنف (ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لم لا يجوز أن يراد المعنى العام لكليهما بقرينة صيغة الجمع وانحصار المعتق في الواحد وجوابه أن الانحصار وقت الوصية لا يمنع صيغة الجمع في معناها بناء على

وقوله (ولا يدخل فيه) أي فيما اذا أوصى لمواليه (موال أعتقهم) هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب أن يقال موال أعتقهم أبوه أو ابنه لان التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهذا لان الحقيقة هو أن يباشر اعتاق مملوك فيصير به مولى عنه والمجاز أن يتسبب لذلك باعتاق مملوك فيعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد في حق موالي الاب والابن فعل الاعتاق ولا تسبيبه فقلنا انهم لا يدخلون في هذه الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لان الذين أعتقهم موال له حقيقة وقوله (وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة) جواب عما روي عن أبي يوسف أن موالي أبيه تدخل اذا مات أبوه وورث ولاءهم لانهم مواليه حكما ولهذا يحرز ميراثهم ووجهه ذلك ان احرازه الميراث ما كان لكونهم موالي له لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لان الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله (بخلاف معتق البعض) قال في النهاية هكذا وقع في النسخ وليس بصواب والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الايضاح لانه يثبت بهذا الفرق بين موالي الموالي وبين موال أعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه أيضا وذلك انما يستقيم اذا كان بخلاف معتق المعتق وأما معتق البعض فعند أبي حنيفة لم ينسب اليه بالولاء بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما ان نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره وذكر بعض الشارحين أن النسخة في قوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم باثبات لفظة ابنه وههنا بخلاف معتق البعض فجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه ومعناه فان معتق

وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله أعلم بالصواب

(باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبدا) لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز مؤقتا ومؤبدا

(باب الوصية بالمنافع)

لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنها وضعا كذا في الشروح (أقول) فيه شيء وهو أن هذا انما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالثمرة لان الثمرة من قبيل الاعيان والباب يشمل الاقسام الثلاثة كلها عنوانا وأحكاما فلا يتم التقريب وان صير الى التوجيه ببناء الكلام على الاكثر يبقى تأخير

(قوله بخلاف معتق البعض) هكذا وقع في النسخ لكن ليس هو بصواب انما الصواب ان يقال بخلاف معتق المعتق لانه ينسب اليه بالولاء وأما معتق البعض فان عند أبي حنيفة رحمه الله لم ينسب اليه بالولاء بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما لو نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره والله أعلم بالصواب

(باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

(قوله وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ويجوز ذلك أبدا) هذا عندنا وعند ابن أبي ليلى لا يجوز شيء من ذلك موقتا ولا غير موقت لان المنافع الحاصلة بعد موته ليست بمملوكة فلا يصح تمليكها لغيره ولكنا نقول المنافع يحتمل التمليك ببدل كما في الاجارة وبغير بدل كما في الاعارة في حالة الحياة فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان فان الاعيان يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وبغير بدل كالبيع والهبة فكذا بعد الممات يصح تمليكها ببدل بان أوصى بان يباع عبده أو بغير بدل بان أوصى بعبده لفلان وهذا لان الموصى يبقى العين على ملكه حيث يجعله مشغولا بتصرفه موقوفا على حاجته فانما يحدث المنفعة على ملكه كما يستوفي

البعض يدخل تحت الوصية للمولى لانه مولاه حقيقة بخلاف موالي الام لانهم ليسوا مواليه أصلا ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهبهما لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند تمام الكتابة وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين وان كان فيه بعد من حيث الايراد على مذهبهما خاصة والله أعلم *(باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)* لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنها وضعا قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) كلامه واضح ويفيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما تمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الارث لان الوصية تعتمد التمليك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة (فكذا بعد الممات) لان

يجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت (قوله لانه يثبت بهذا الفرق) أقول قوله الفرق فاعل يثبت (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني (قوله لان معتق البعض كالمكاتب) أقول الظاهر أن يقال لان معتق البعض عند أبي حنيفة كالمكاتب

(باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

الموت لا يزيلها والارث خلافة (فيما يملكه المورث وذلك فى عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى) واذا جازت الوصية بمنفعة العبد جازت بغلته لانها بدلها فاخذت حكمها (والمعنى) وهو الحاجة (يشملهما) يعنى المنفعة والغلة وقوله (فان خرجت رقبة العبد) فيه تفصيل وهو أنه اذا أوصى بخدمة عبده لشخص فامات قال أبدا أو جعل ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة التسليم اليه يسلم اليه ليخدمه وان لم تجزه الورثة تخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى أن يموت وان كان الثانى فاما أن عين سنة مثل أن يقول سنة ست وسبعين وسبعمائة أو لم يعين فان عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات الموصى بعد مضى بعض من تلك السنة أو مات قبل مضيها فان كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفى وصيته وان كان لا يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضى السنة التى عينها ثم يسلمه الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال أو لا يخرج وأجازت الورثة يسلم العبد الى الموصى له ليستخدمه سنة كاملة ثم يرده الى الورثة وان لم يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين ثم يرده الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا أوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة تلك السنة على ما سنذكره قال (فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة) اذا مات الموصى له عاد الموصى به الى ورثة الموصى لان

كما فى العارية فانها تمليك على أصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك فى عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما قال (فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه) لان حق الموصى له فى الثلث لا يزاحمه الورثة (وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما) لان حقه فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية فى العين ولا يمكن قسمة العبد أجزاء لانه لا يتجزأ فصرنا الى المهايأة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهايأة تقديم أحدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضا لان الحق لهم الا أن الاول وهو الاعدل أولى وليس للورثة أن يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى الدار وعن أبى يوسف رحمه الله أن لهم ذلك لانه خالص ملكهم ووجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما فى أيديهم اذا خرب ما فى يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال (فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة)

الوصية بالثمرة خاليا عن بيان النكتة كما لا يخفى (قوله الا أن الاول وهو الاعدل أولى) قال بعض المتأخرين فيه أن المفروض كون المهايأة باختيارهم فالمتأخر يسقط حقه فلا تبقى الاولوية الا بالزام الحاكم حتى يكون أولى انتهى (أقول) ليس هذا بسديد لان اسقاط المتأخر حقه لا يلزم أن يكون بطيب خاطره بل يجوز أن يكون مع الكراهة لامر يدعو اليه فكيف يساوى هذا استيفاء حقه كملا كما فى الاول ثم ان سلم كون اسقاط حقه عن طيب خاطره البتة فهو لا يقتضى الا انتفاء الظلم له وتحقق العدل فى الجملة وذلك لا ينافى كون الاول أعدل منه للتسوية بينهم ذاتا وزمانا ولا شك أن الاعدل أولى (قوله ووجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث) أقول فيه بحث أما أولا فلانه منقوض

الموقوف عليه منفعة الوقف على حكم ملك الواقف (قوله فانها تمليك على أصلنا) أى العارية تمليك المنافع على أصلنا وعند الشافعى رحمه الله اباحة المنافع (قوله بخلاف الميراث) لانه خلافة فالارث لا يجرى فى الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا يتصور فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين فاما الوصية فايجاب ملك بالعقد كالاجارة والاعارة (قوله والمعنى يشملها) وهى حاجة الموصى (قوله وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما) أى أبدا اذا كانت الوصية بخدمة العبد مطلقة غير موقتة وأما اذا أوصى بخدمة عبده سنين من غير تعيين السنة وليس له مال غير العبد ولم تجز الورثة فان العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث سنين تم وصية الموصى له بالخدمة وان كان الوصية بخدمة سنة بعينها ومات قبل دخول تلك السنة فان كان العبد يخرج من ثلث ماله أو لا يخرج ولكن أجازت الورثة فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفى وصيته وان كان لا يخرج ولم تجز الورثة فان العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضى السنة التى عينها فاذا مضت يسلم العبد للورثة وفى الايضاح ينظر الى الاعيان التى أوصى بها فان كان رقابها مقدار الثلث جاز ولا تعتبر قيمة الخدمة والثمرة والغلة والسكنى وانما اعتبر الاعيان دون المنافع لان المقصود من الاعيان منافعها فاذا صارت المنافع مستحقة من غير توقيت وبقى العين على ملك الوارث صار بمنزلة العين التى لا منفعة لها فلهذا تعتبر قيمة الرقبة كان الوصية

قال المصنف (ووجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر) أقول قال الكاكى ويعتبر هذا الاحتمال لانه نشأ من دليل وهو ايصاء الميت بكل منافع الدار مع علمه أن الايصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعا فلو لم يكن له مال سوى هذه الدار لم يوص بجميع منافعها احترازا عن المحرم شرعا اهـ وفيه تأمل

(لان الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الحكم الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى) لما تقدم أن الميراث خلافة فيما يملكه المورث وذلك فى عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى لكن يجوز أن يستحقها لذلك لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير مراضاة المالك لا يجوز (ولو مات الموصى له فى حياة الموصى بطلت) الوصية (لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل) أى فى فصل اعتبار حالة الوصية فى بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت (ولو أوصى بغلة عبده أو داره) فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له بنفسه أو سكنى الدار الموصى بغلتها بنفسه اختلف المشايخ فى ذلك على ما ذكره فى الكتاب وهو واضح وقوله (وليس للموصى له بالخدمة أن يؤجر العبد والدار) واضح سوى ألفاظ نذكرها (قوله اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل) قد تقدم فى باب العارية وفى الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل المقرر وهو أن الشئ لا يتضمن ما فوقه وقوله (الا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره) جواب عما يقال الوصية وان كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ ووجه ذلك أن الاعتبار للموضوعات الاصلية والوصية فى وضعها غير لازمة وانقطاع الرجوع بموت الموصى من العوارض فلا معتبر به قال (ولان المنفعة) دليل

لان الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى من غير مرضاته وذلك لا يجوز (ولو مات الموصى له فى حياة الموصى بطلت) لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود والاصح أنه لا يجوز لان الغلة دراهم أو دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار وقال الشافعى له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل أو غير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على أصله وليس بتمليك ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل فى حالة الحياة على أصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أما هو فى وضعه فغير لازم ولان المنفعة ليست بمال على أصلنا وفى تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة فى عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تملكها أما اذا تملكها

بما اذا أوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقتسمها الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين فان للورثة هنالك أن يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل هنالك أيضا بان يقال ان حق الموصى له ثابت فى عين جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وأما ثانيا فلانه ان كان حق الموصى له ثابتا فى سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للميت وخروج الدار من الثلث فاما أن يكون حق الورثة أيضا ثابتا فى سكنى جميع تلك الدار أولا فان كان الاول يلزم أن يثبت فى سكنى جميع الدار الواحدة فى حالة واحدة حقوق أشخاص واللازم باطل لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة على حدة فى جميع محل واحد فى زمان واحد لاستلزامه تداخل الاجسام وظهور بطلان تعلق الحق بأمر محال وان كان الثانى يلزم أن لا يقسم عين الدار بين الموصى له والورثة أثلاثا للانتفاع وأن لا يقسم الدار بينهم مهايأة من حيث الزمان أثلاثا لثبوت حق الموصى له فى سكنى جميع الدار وعدم ثبوت حق الورثة فى ذلك على الغرض مع أن المسئلة خلاف ذلك كما مر آنفا فى الكتاب (قوله فانما تثبت هذه الولاية لمن تملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تملكها) قال فى العناية واعترض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له أن يملكها ببدل وأجيب بان كلام

وقعت بالرقبة (قوله عاد الى الورثة) أى الموصى به على ما بيناه من قبل أى فى فصل اعتبار حالة الوصية فى بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وفى أوائل كتاب الوصايا بقوله لان أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به (قوله فى تحصيل المقصود) وهو الانتفاع بالعبد والدار (قوله بخلاف العارية) لانها اباحة على أصله ولهذا لا يملك المستعير الاعارة عنده ولهذا لا يتعلق بالاعارة اللزوم والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم (قوله وفى تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها) تحقيقا للمساواة فى عقد المعاوضة لان الاجرة مال وقوبل بالمنافع فحدثت فى المنافع صفة المالية تحقيقا للمساواة

(قوله فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له) أقول قوله الموصى له فاعل استخدم قال المصنف (وقيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود) أقول لا يخفى أن الانسب للمقام كان أن يقول لان عين المنافع كقيمتها لكنه قلب تنبيها على قوة المعنى وجوازها بطريق الاولى فليتأمل

آخر وقوله (وهذا لا يجوز) يعني بناء على ما قال ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعترض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له أن يملكها ببدل وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله (اذا كان يخرج من الثلث) احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له الاخراج الى أهله

مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا أكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه الى أهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كانوا في مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبد الى أهله ليخدمهم ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضا لانه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وأنه عين حقيقة لانه دراهم أو دنانير فكان بالجواز أولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن أبي يوسف فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذلك للموصى له الا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتني على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد

المصنف في الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه اه (أقول) الجواب منظور فيه لان كون كلام المصنف في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجوز الوصية بها فان مقدمات الدليل لا يلزم أن تكون مساوية للمدعى بل لا بد من كلية الكبرى اذا كان انتاج الدليل بطريق الشكل الاول وههنا كذلك اذ حاصل هذا الدليل أن الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على أصلنا وما ليس بمال في تمليكه بالمال احداث صفة المالية فيه تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وما في تمليكه احداث صفة المالية فيه لا تثبت الولاية عليه بهذه الصفة الا لمن تملكه تبعا لملك الرقبة ولمن تملكه بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها ولا يكون مملكا أكثر مما تملكه فانه لا يجوز شرعا ولا يذهب على ذي مسكة أن ما عدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الادلة الشرعية كلية كل واحدة منها في نفسها الاجمال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحر لوقوعها

(قوله فكان بالجواز أولى) يعني ان الخدمة منفعة محضة ليست فيها شائبة العينية فلما جازت الوصية بها فلان تجوز الوصية بالغلة وهي عبارة عن مال عين وهو الدراهم بالطريق الاولى لان الايجاب يقتضي العينية (قوله لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء) هذا احتراز عن الوصية بخدمة العبد فان هنالك لما لم يحتمل نفس العبد القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة الخدمة بطريق المهايأة (قوله عطفا منه لاحدهما على الآخر) فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد يعني أنه أوجب لكل واحد منهما الحق فيما أوصى بطريق العطف وأنه يحتمل الوصية بانفراده والعطف لا يقتضي المشاركة فيما أوصى به لكل واحد منهما فتعتبر حالة العطف بحالة الانفراد ولو أفرد الوصية بالرقبة لاحدهما ولآخر بخدمته موصولا أو مفصولا لم يكن مشاركة فكذا في العطف وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ولو أوصى لرجل بدار ولآخر بسكناها فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة تحصل له ونفقة العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر على صاحب الخدمة فان مرض فان لم يستطع معه الخدمة فعلى الموصى له برقبته وان استطاع فعلى صاحب الخدمة وهكذا قالوا في المرأة اذا مرضت ان لم يمكن الانتفاع بها بوجه ما لا نفقة لها والا فلها النفقة وفي المبسوط ونفقة العبد وكسوته على صاحب

الا باجازة الورثة وقوله (واذا كانوا في غيره) أي في غير مصر الموصي وقوله (ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره) قد علم جوازه فيما تقدم من طريقين وأعاده ذكره تمهيدا لقوله (ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة) يعني اذا لم تجز الورثة كانت الوصية بغلة عبده سنة وتذكير الضمائر اما بتأويل المال أو نظرا الى الخبر وقوله (لانه عين مال تحتمل القسمة بالاجزاء) وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه ان لم يخرج من الثلث وفيه اشارة الى الفرق بينها وبين الخدمة فان العبد لما لم يحتمل القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهايأة الى ما يستوفي خدمته سنة كاملة كما مر ذكره وقوله (ولو أراد الموصى له قسمة الدار) ظاهر الى قوله (عطفا منه لاحدهما على الآخر) ومعنى ذلك أنه عطف قوله ولآخر برقبته على قوله أوصى له بخدمة عبده (فتعتبر هذه الحالة) يريد حالة العطف (بحالة الانفراد) أي بحالة انفراد احدى الوصيتين عن الأخرى فلا

(قوله وتذكير الضمائر اما بتأويل المال أو نظرا الى الخبر) أقول يعني من الخبر قوله بدل المنفعة ثم قال المصنف (لانه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه) أقول أي من محمد أو من الموصى فانه عطف قوله ولآخر برقبته بالواو على قوله أوصى له بخدمة عبده كذا في شرح الكافي والاقرب عندي هو الثاني (قوله ومعنى ذلك أنه عطف الخ) أقول يعني أن محمدا عطف الخ

تحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما وقوله (ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة) كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة (والخدمة للموصى له) من غير اشتراك فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر) تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها (اذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك فيهما يثبت بعد الموت) ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لآخر اما أن يكون أدرك حد الخدمة أولا فان كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى أن يدرك الخدمة لان بالانفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا أدرك الخدمة صار كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما يتمكن

ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت ولها نظائر وهو ما اذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها أما اذا فصل أحد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف وعلى قول محمد الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في أخواتها لابي يوسف ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حياة الموصى فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم

في محل الكبرى من الشكل الاول تبصر (قوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ) قال صاحب العناية وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها اذ الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت اه (أقول) ان قوله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد والحق أن يقال كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لان قول المصنف ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الخ انما يفيد أن بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة (قوله ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) قلت ليس المراد بتناول اسم الخاتم للفص وبتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولهما لهما لفظا وأصالة والا يلزم أن يخالف هذا ما مر في مسئلة صحة الوصية بجارية الا حملها من أن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح

الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه اذا انفق عليه فان العبد لا يقوى على الخدمة الا بذلك وهو أحق بخدمته فيلزمه نفقته كالمستعير فانه ينفق على المستعار وينتفع به وان أبى أن ينفق رده على صاحبه فهذا كذلك أيضا وان كان أوصى بخدمة عبد صغير لانسان وبرقبته لآخر وهو يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة فاذا خدم صارت نفقته على صاحب الخدمة (قوله ولها نظائر) أي من حيث ان الموصى له بالظرف لا يشارك الموصى له بالمظروف القوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب (قوله ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف) أي للموصى له بالامة والخاتم والقوصرة في الولد والفص والتمر (قوله وكذلك في أخواتها) وهي الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر والدار مع البناء

من استخدامه بالانفاق عليه اذ العبد لا يقوى على الخدمة الا به وان أبى الانفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير مع المعير وان جنى جناية فالفداء على من له الخدمة لان التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير وقوله (ولها) أي لهذه المسألة (نظائر) وقد ذكرها في الكتاب واضحة وقوله (ولا شيء لصاحب الظرف) وهو الامة والخاتم والقوصرة (في المظروف) يعني الولد والفص والتمر (في هذه المسائل كلها) أما اذا كان أحد الايجابين موصولا بالآخر فبالاتفاق وأما اذا كان أحدهما منفصلا عن الآخر فكذلك عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقوله (كما في وصية الرقبة والخدمة) فان الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدل به أبو يوسف في الكتاب

قال المصنف (وكذلك في أخواتها) أقول والصواب في أختيها وهو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر كذا في شرح الكاكي قال الاتقاني أراد بأخواتها مسئلة الخاتم مع الفص ومسئلة القوصرة مع التمر ومسئلة الشاة مع الصوف ومسئلة الدار مع البناء ومسئلة السيف والحلية والبستان والتمر الموجود مثل ذلك والارض والنخل مثل ذلك وكل شيء يشبه هذا مما يكون الاسم في الوصية عاما فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء كذا قال الكرخي في مختصره الى هنا كلام الاتقاني قال المصنف (وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) أقول هنا نوع مخالفة لما أسلف في الوصية بجارية الا حملها فراجعه متأملا قال المصنف (واسم القوصرة كذلك) أقول فكان كل منها كالعام الذي الخ ولا ينبغي أن يظن أن تلك الاسماء عمومات فانه ليس كذلك كما لا يخفى

والمبسوط دليل على أن المعول على قول محمد قال (ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة) المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من
الموصى به والتعدى الى مايحدث على وجوه ثلاثة فى وجه يقع على الموجود والحادث ماعاش الموصى له ذكر الابد أولم
ذكر كالوصية بغلة بستانه وأرضه أوسكنى داره أو خدمة عبده فان العرف فيها جار على الابد ويعتبر خروجه من الثلث وفى وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الابد أولم يذكره كالوصية الصوف على ظهر الغنم والولد فى بطن جاريته واللبن فى الضرع لان المعدوم من هذه الاشياء لايستحق بوجه ما وفى وجه ان ذكر الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة قبل الموت تناولها والا فالقياس أن تبطل الوصية وفى الاستحسان يقع على الحادث الى أن يموت الموصى وجه القياس أن الثمرة اسم للموجود حقيقة وليست موجودة فتبطل ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا للكلام الموصى عن الالغاء والمصنف ذكر الفرق بين الثمرة والغلة فى العرف فيهما ثم السقى والخراج ومافيه صلاح البستان على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة فى فصل الخدمة وقوله (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا) الى آخر الباب واضح ولله در المصنف ما أجزل تركيبه وأحسن ترتيبه لا ترى معنى من المعانى يحتاج الى تقرير الاوتركيبه أوفى تأدية له من غيره

القوصرة كذلك ومن أصلنا أن العام الذى موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع فى الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثانى رجوعا عن الاول كما اذا أوصى للثانى بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لايتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فاذا أوجب الخدمة لغيره لايبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين انه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال (ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستانى أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ماعاش وان أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيأ أما الغلة فتنتظم الموجود ومايكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فاذا أطلقت يتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة أخرى أما الثمرة اذا أطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله مافى بطونها من الولد ومافى ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أولم يقل)

افرادها ويلزم أن يخالف أيضا مامر فى كتاب الاقرار من أن الفص لايدخل فى الخاتم الا طابل تبعا ولهذا لو أقر بخاتم لرجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعا للمقر له لان الاستثناء تصرف فى الملفوظ بل انما المراد ههنا بتناول اسم الخاتم للفص واسم الجارية لما فى بطنها تناولهما لهما تبعا عند الاطلاق فترتفع المخالفة كما توهمها البعض (قوله ومن أصلنا أن العام الذى موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص) أقول لامجال للعموم فى الالفاظ المذكورة فى هاتيك المسائل لان الحلقة والفص بالنظر الى اسم الخاتم وكذا الجارية ومافى بطنها بالنظر الى اسم الجارية وكذا القوصرة ومافيها بالنظر الى اسم القوصرة بمنزلة الاجزاء لمدلولات هذه الاسماء لاجزئيات معانيها اذلا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ولا معنى الجارية على مافى بطنها وحده ولا معنى القوصرة على مافى القوصرة من مثل الثمر وحده على ان الكلام فى وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينها وكل من هؤلاء جزئى خاص فكيف يتصور فيها العموم فقوله ومن أصلنا ان العام بمنزلة الخاص بمنزلة اللغو ههنا كما لايخفى (قوله بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين انه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص) أقول فيه شئ وهو انه قد تقرر فى كتاب الاقرار ان استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا غير عامل فيما يتناوله الاسم لفظا كالفص فى الخاتم والنخلة فى البستان والبناء فى الدار فما معنى قوله أو الاستثناء فى قوله لان ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء (قوله ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله مافى بطونها من الولد ومافى ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أولم يقل) أقول فى تحرير هذه المسألة بهذا الوجه سماجة فان الاطلاق المستفاد من

(قوله بخلاف الخدمة مع الرقبة) يعنى لو أوصى برقبة العبد لانسان وبخدمته لآخر كان كما أوصى وان كان فى كلام مفصول ولا يكون للموصى له بالرقبة من الخدمة شئ وانما كان هكذا لان اسم الرقبة لايتناول الخدمة بخلاف مانحن فيه فان الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعا واسم الجارية يتناولها ومافى بطنها واسم القوصرة كذلك (قوله ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها) قيد بقوله وفيه ثمرة لانه اذا لم يكن فيه ثمرة فله ثمرة فيما يستقبل ماعاش الموصى له كمسئلة الغلة وذكر فى الشافى عند الاطلاق اذا لم

له ذكر الابد أولم يذكر) أقول يعنى أطلق ولم يذكر قيدا

لانه

لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ماتقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لايقبل الملك الا أن فى الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية بالطريق الاولى لان بابها أوسع أما الولد المعدوم وأختاه فلا يجوز ايراد العقد عليها أصلا ولا تستحق بعقد ما فكذلك لايدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله أعلم بالصواب

قوله فى ذيلها سواء قال أبدا أولم يقل لايناسب تقييد صدرها بقوله أبدا حيث قال ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا فالاولى ماذكر فى الكافى حيث ترك فيه قيد أبدا فى صدر المسألة أو ماذكر فى البداية حيث ترك فيها قوله فى ذيلها سواء قال أبدا أولم يقل تدبر (قوله لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ) أقول لايخفى على الفطن ان هذا التعليل ينتقض بما تقدم من مسئلتى الثمرة والغلة فان الايصاء ايجاب بعد الموت فى كل الصور مع انه يقع فيما تقدم على القائم يومئذ وعلى الحادث بعده أيضا بذكر قيد الابد فى الثمرة وبدون ذكره أيضا فى الغلة نعم كأن المصنف قصد تدارك ذلك بقوله وهذا بخلاف ماتقدم الخ الا أن هذا التعليل ههنا بقى خاليا عن الفائدة وانما يحصل وجه هذه المسألة بما ذكره فى الفرق الآتى (قوله الا أن فى الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية بالطريق الاولى) قال بعض المتأخرين يرد عليه ان لنا أصلا آخر وهو ان الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف ألحقت به اه (أقول) لاورود لما توهمه بل هو ساقط جدا فان مبناه أن يكون الحاق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والاجارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه يرشد اليه قطعا قول المصنف رحمه الله بالطريق الاولى وفى قوله فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية بالطريق الاولى لان الاولوية انما تتصور فى الدلالة دون القياس وكون الشئ ثابتا بخلاف القياس انما ينافى القياس عليه لان من شرط القياس أن لايكون المقيس عليه معدولا عن سنن القياس دون الالحاق به بطريق الدلالة وقد مر مرارا نظائر هذا فى الكتاب وشروحه فكيف خفى على ذلك البعض * ثم أقول بقى لنا شئ فيما ذكره المصنف رحمه الله وهو ان عقد المعاملة باطل غير مشروع عند أبى حنيفة كما تقرر فى موضعه فقوله ههنا جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة لايتمشى على قول أبى حنيفة وانما يتمشى على قول صاحبيه فان عقد المعاملة مشروع عندهما والمسئلة التى نحن فيها مما اتفقوا عليه فكيف يبنى دليلها على مااختلفوا فيه فتامل

تكن الثمرة موجودة وقت الموت فالقياس أن تبطل الوصية وفى الاستحسان يقع على الحادث ماعاش الموصى له لانه احتمل أنه أراد به الحادث وفى صرفه اليه تصحيح فانه يستحق بالمعاملة وحاصل مسائل الباب على ثلاثة أوجه فى وجه يقع على الموجود والحادث ماعاش الموصى له ذكر الابد أولا وهو أن يوصى بغلة بستانه أو أرضه أوسكنى داره أو خدمة عبده لان الغلة كما يتناول الموجود يتناول ما كان بعرض الوجود فى العرف يقال لفلان غلة هذه الدار يراد به مايدخل فى ملكه فى المستقبل وفى وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الابد أولا وهو أن يوصى بالصوف على ظهر الغنم والولد فى بطن الجارية واللبن فى الضرع لان المعدوم من هذه الاشياء لايستحق بعقد ما * وفى وجه أن ذكر الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه وان لم يذكر الابد فان كانت الثمرة وقت الموت موجودة يتناولها والا فالقياس أن تبطل الوصية وفى الاستحسان يقع على الحادث الى أن يموت الموصى له ثم فى البستان السقى والخراج ومافيه صلاحه على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فهى كالنفقة فى فصل الخدمة (قوله وهذا بخلاف ماتقدم) أى من الثمرة والغلة (قوله أما الولد المعدوم وأختاه) أى الصوف واللبن (قوله بعقد البيع تبعا) أى يدخل ماعلى ظهر الغنم من الصوف فى بيع الغنم تبعا للغنم ويجوز الخلع على مافى ظهر غنمها من الصوف وفى الجامع الصغير للتمرتاشى رحمه الله أوصى بغلة أرضه وليس فيها شجر ولا مال له غيرها فانها تؤاجر وله ثلث أجرها لان غلتها ههنا الاجرة ولو

وقوله (وبعقد الخلع) صورته أن تقول المرأة لزوجها خالعنى على مافى بطن جاريتى أو غنمى صح وله مافى بطنها وان لم يكن فى البطن شئ فلا شئ له وما حدث بعد ذلك فللمرأة لان مافى البطن قد يكون متقوما وقد لايكون فلم يضره حتى لو قالت على حمل جاريتى وليس لها حمل ترد المهر

(باب وصية الذمى)

عقب وصية المسلم بوصية الذمى لكون الكفار ملحقين بالمسلمين فى أحكام المعاملات (واذا صنع يهودى بيعة أو نصرانى كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث) بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف الترجيح أما عنده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة اذا كان لمسلم فان وقف المسلم فى حالة الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى (وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح) (ولو أوصى) بذلك أى لو أوصى بان تعمل بيعة أو كنيسة لقوم معينين (فهو جائز من الثلث لان فى الوصية معنى الاستخلاف والتمليك) وللذمى ولاية التمليك (فامكن تصحيحه) أى تصحيح ايصائه (على اعتبار المعنيين)

(باب وصية الذمى)

(قوله واذا صنع يهودى بيعة أو نصرانى كنيسة) أقول فيه نوع مخالفة لما أسلفه فى كتاب السير والاولى أن يجعل من قبيل اللف والنشر الغير المرتب (قوله وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح) أقول فيه بحث اذ لا وصية هنا والظاهر ان عبارة الوصية سهو من الناسخ والاصل ان هذه الصنعة نعم

(باب وصية الذمى)

قال (واذا صنع يهودى أو نصرانى بيعة أو كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث) لان هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما قال (ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو الثلث) معناه اذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين

(باب وصية الذمى)

ذكر وصية الذمى بعد وصية المسلم لان الكفار ملحقون بالمسلمين فى أحكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا (أقول) أكثر ما ذكر فى هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغليب الاقل على الاكثر غير معقول والاظهر أن يقال لما كان لبعض وصايا الكفار أحكام خاصة ذكر وصيتهم فى باب على حدة وأخره لخساستهم (قوله واذا صنع يهودى أو نصرانى بيعة أو كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل اذا صنع يهودى بيعة أو نصرانى كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف التخريج أما عنده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله اذا كان لمسلم فان وقف المسلم فى حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح الى هنا لفظه (أقول) فيه خلل من وجوه الاول انه صرف البيعة الى اليهودى والكنيسة الى النصرانى وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح فى كتاب الجهاد من أن الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا فى الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى وعبارة الكتاب هنا تحتمل صرف البيعة الى النصارى والكنيسة الى اليهود بطريق اللف والنشر الغير المرتب والثانى انه قال اما عنده وقال بعده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله وأضمر أبا حنيفة أولا وأظهره ثانيا وكان الاول مقام الاظهار والثانى مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف فانها على الاصل السديد حيث قال لانها بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث فأظهر أبا حنيفة أولا وأضمره ثانيا والثالث انه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال فان وقف المسلم فى حال الحياة موروث و بعد موته مع أن وقف الكافر أيضا موروث عنده بلا تفاوت بخلاف عبارة المصنف فانها مطلقة حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع انه قال فلأن هذه الوصية معصية مع انه لا وصية فى مسئلتنا هذه فان المذكور فيها صنع اليهودى أو النصرانى فى حال حياته بدون اضافة شئ الى ما بعد موته والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بخلاف قول المصنف فان هذه معصية اذ المشار اليه بهذه فى قوله المذكور هى الصنيعة دون الوصية فلا غبار عليه (قوله لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) قال فى العناية وغاية البيان واذا صار ملكا للمسلمين صنعوا ما شاؤا اهـ (أقول) هذا على أصلهما ظاهر فان الوصية بالمعصية باطلة عندهما وان كانت

كان فيها شجر فله ثلث الثمر ولو أوصى بغلة نخله لرجل وللآخر برقبته ولم يحمل فتعاهدها على صاحب الرقبة لان الملك له واذا أثمرت فعلى صاحب الغلة لان النفع له والله أعلم بالصواب

(باب وصية الذمى)

(قوله واذا صنع يهودى أو نصرانى بيعة أو كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث) أى بالاتفاق على اختلاف التخريج فعند أبى حنيفة رحمه الله لعدم لزوم الوقف وعندهما لكون ذلك الفعل معصية ولا يقال البيعة فى حقهم كالمسجد فى حقنا والمسلم اذا جعل داره مسجدا فى صحته وسلم لا يورث فينبغى أن تكون البيعة كذلك لانا نقول المسجد تحرز عن حقوق العباد وصار لله تعالى خالصا فلا يورث ولا كذلك البيعة لان البيعة عندهم لمنافع

قال

يعنى الاستخلاف والتمليك فعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف فجوزناه ذلك نظرا الى التمليك واذا صار ملكا للمسلمين صنعوا به ما شاؤا (وان أوصى أن تجعل داره كنيسة لقوم غير مسمين) يعنى قوما غير محصورين (جازت الوصية عند أبى حنيفة وقالا هى باطلة لان هذه) فى الحقيقة (معصية وان كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما فى تنفيذها من تقريرها ولابى حنيفة) أن الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو أوصوا بالحج لم يعتبروا وان كان عبادة عندنا بلا خلاف فكذلك اذا أوصوا بما هو فى معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية لانا أمرنا أن نتركهم وما يدينون قالوا هذا الخلاف اذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة فى القرى فاما فى المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث ذلك فى الامصار وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله (لم تصر محررة لله حقيقة) بل تحرر على معتقدهم (فتبقى ملكا للبانى فتورث عنه) وقوله (ولانهم يبنون) دليل آخر على عدم التحرير لله تعالى وقوله (بخلاف الوصية) متصل بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانى والضمير فى قوله (لانه وضع) وفى قوله (ثبوت مقتضاه) وقوله (فبقى على مقتضاه) كلها راجع الى الوصية بتأويل الايصاء وحاصل معناه

لو قال لان الوصية بالمعصية لا تصح فهذا أولى كان صحيحا (قوله يعنى الاستخلاف والتمليك فعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف) أقول فيه نظر فان الاعتبار من الثلث انما هو لتعلق حق الورثة بما زاد عليه مما سبق واهذا الو ملك فى حياته حال المرض يعتبر من الثلث أيضا والاظهر ان النظر الى المعنيين فى التجويز والصحيح كما يدل عليه عبارة المصنف وللاعتبار من الثلث يعلم مما أسلفه (قوله والضمير فى قوله لانه وضع وفى قوله ثبوت مقتضاه وفى قوله فبقى على مقتضاه كلها راجع الى الوصية) المناسب لكلمة

قال (وان أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبى حنيفة وقالا الوصية باطلة) لان هذه معصية حقيقة وان كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما فى تنفيذها من تقرير المعصية ولابى حنيفة أن هذه قربة فى معتقدهم ونحن أمرنا بان نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية فى معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابى حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال الملك البانى وانما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما فى مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للبانى فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به وفى هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه فى غير ما هو قربة عندهم فبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث

فى معتقدهم قربة كما سيجىء فاذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقة وان كان قربة فى معتقد الكفار لزمهما المصير الى ما فى الوصية من معنى الاستخلاف والتمليك تصحيحا لكلام العاقل مهما أمكن وأما على أصل أبى حنيفة رحمه الله فغير ظاهر لان كون الموصى به قربة فى معتقد الموصى كاف عنده فى صحة الوصية كما سيجىء أيضا وفيما نحن فيه كذلك فينبغى أن تصح حقيقة الوصية عنده هنا كما تصح فيما اذا أوصى بذلك لقوم غير مسمين على ما سيأتى بدون المصير الى اعتبار معنى الاستخلاف والتمليك فى تصحيحها والحاصل أن الظاهر أن يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين أبى حنيفة رحمه الله وصاحبيه وان كان جوابها على الاتفاق بينهم كما فى المسئلة السابقة وأسلوب تحرير ما فى الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم فى التخريج أيضا فليتأمل (قوله ثم الفرق لابى حنيفة رحمه الله الى قوله والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة) قال فى العناية بل تحرر على معتقدهم (أقول) لقائل أن يقول ان أصل أبى حنيفة رحمه الله أن كون الشئ قربة فى معتقدهم كاف بناء على أنا أمرنا بان نتركهم وما يعتقدون فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر آنفا فلم يعتبر هنا كون الكنيسة أو البيعة محرزة فى معتقدهم حتى يزول ملك البانى عنها فان قلت انهم يبنون فيها الحجرات و يسكنون فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد بها قلت هذا مصير الى التعليل الثانى الذى ذكره بقوله ولانهم يبنون فيها الحجرات الى آخره والكلام فى التعليل الاول فلا معنى للغلط (قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لله تعالى لتعلق حق العباد

الخلق فانها تسكن فيها أساقفهم وتدفن فيها موتاهم (قوله وان أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبى حنيفة رحمه الله) قال مشايخنا رحمهم الله هذا الاختلاف فيما اذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة فى القرى فاما فى المصر فلا تجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث البيعة فى الامصار كذا فى الجامع الصغير البرهانى قلت الظاهر أنه أراد هنا بالقرية ما ليس فيها من شعائر الاسلام شئ أما اذا كانت قرية فيها من شعائر الاسلام شئ فهى كالمصر ولهذا لا يمكنون من بيع الخمور والخنازير فيها (قوله ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية فى معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم) وهو كما اذا أوصى بحج أو بان يبنى مسجد المسلمين أو بان يسرج فى مساجد المسلمين فهذه الوصية منه باطلة بالاجماع (قوله فكذا عكسه) أى تجوز الوصية بداره كنيسة لقوم غير مسمين اعتبارا لاعتقادهم (قوله امتنع ثبوت مقتضاه) وهو زوال الملك فى غير ما هو قربة عندهم فبقى أى الايصاء فيما هو قربة على مقتضاه وهو زوال الملك فلذلك لا يورث

أن الوصية وضعت لازالة الملك الا أن لفظها أتقاعد عن افادة معناه وهو زوال الملك فيما اذا أوصى بما ليس بقربة فى معتقدهم فاما اذا الاقت ماهو
قربة فيه عملت عملها وقوله (ثم الحاصل ان وصايا الذمى الخ) واضح (قوله وهو ماذكرناه) يريد به الوصية ببناء البيعة أو

الكنيسة وقوله (كماذكرناه) يعنى من الخلاف فى الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله (والوجه ما بيناه) أى من الجانبين وهو أن المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما أنه وصية بمعصية (قوله والجهة مشورة) يعنى أن كلامه فى صرف المال الموصى به الى استضاءة المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام وقوله (على الخلاف المعروف فى تصرفاته) يعنى أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبى حنيفة ان أسلم نفذ كسائر تصرفاته والا فلا وقوله (وفى المرتدة الاصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة) وصارت كالذمية قال فى النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان

ثم الحاصل ان وصايا الذمى على أربعة أقسام منها أن تكون قربة فى معتقدهم ولا تكون قربة فى حقنا وهو ماذكرناه وما اذا أوصى الذمى بان تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كماذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا أوصى بما يكون قربة فى حقنا ولا يكون قربة فى معتقدهم كما اذا أوصى بالحج أو بان يبنى مسجد للمسلمين أو بان يسرج فى مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا أوصى بما يكون قربة فى حقنا وفى حقهم كما اذا أوصى بان يسرج فى بيت المقدس أو يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كانت لقوم باعيانهم أو بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفى معتقدهم أيضا ومنها اذا أوصى بما لا يكون قربة لا فى حقنا ولا فى حقهم كما اذا أوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية فى حقنا وفى حقهم الا أن يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو فى حق الوصية بمنزلة المسلم لانا أمرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف فى تصرفاته بين أبى حنيفة وصاحبيه وفى المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم

به) قال صاحب العناية قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى اه أقول فيه نظر لان كون هذا دليلا آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضى سبق دليل أول عليه ولا يذهب على الناظر فى كلام المصنف انه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلا عليه وانما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى بلا دليل ثم أقول الحق عندى أن قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر على الفرق لابى حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانى الخ كأنه قال ثم الفرق لابى حنيفة رحمه الله تعالى بينهما لان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانى لانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها الخ تبصر (قوله وفى المرتدة الاصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم) قال صاحب النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم انها لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وهنا الاصح وهما يصدقان اه (أقول) ليس هذا

ثم أورد محمد رحمه الله على نفسه سؤالا فقال كيف يكون هذا قربة من الذمى فانه لا يثاب على ذلك قلنا الاحكام فى حقهم انما تبنى على ما يظهرون لا على الحقيقة ألا ترى انه اذا ذبح وسمى اسم الله تعالى تحل ذبيحته وان كان ما يعتقده اله ليس باله على الحقيقة ولو ذبح باسم المسيح لا تحل ذبيحته على ما قال عمر رضى الله عنه اذا سمعتموهم سموا بغير الله فلا تأكلوا (قوله وهو ماذكرناه) وهو الوصية ببناء البيعة والكنيسة (قوله والجهة مشورة) أى صرف هذا المال الموصى به الى الحج وبناء المسجد والاسراج فيه خرج منه على طريق المشورة وذكر الامام قاضيخان واذا أوصى بما هو طاعة عندنا معصية عندهم كالوصية ببناء مسجد أو بالاسراج فيه فان سمى لقوم باعيانهم صحت ويكون تمليكا منهم وتبطل الجهة التى عينها ان شاؤا فعلوا ذلك وان شاؤا تركوا وان كانوا لا يحصون لا يصح لانه لا يمكن تصحيحه تمليكا وانها ليست بقربة فى اعتقادهم حتى يكون تمليكا من الله تعالى فى اعتقادهم فلا يصح (قوله وفى المرتدة الاصح أنه تصح وصاياها) ذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا فقال قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية

كله أن يقول بصيغة الجمع وأن يقول راجعة رقوله

والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان) أقول فيه بحث فانهم اذا قالوا هو الصحيح فهو فى مقابلة الخطا بخلاف الصحة المفهومة من الحكم بالاصحية بالالتزام قال

وقوله (واذا دخل الحربى دارنا بامان فاوصى لمسلم أو ذمى بماله كله جاز) قيل هذا اذا لم تكن الورثة معه أما اذا كانت فانها تتوقف على اجازتهم والى هذا أشار بقوله (وليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب) وقوله (وذلك فى حق المستامن أيضا) جواب عما يرد على قوله ورد الباقى على الورثة وهو أن يقال قد قلت ليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقى

ووجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضا مراعاة لحق المستامن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ وقوله (ولو أعتق عبده عند الموت الخ) ظاهر وقوله (ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام) دار الاسلام ظرف لاوصى لا لقوله حربى أى لو أوصى الذمى فى دار الاسلام لحربى فى دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولان الذمى اذا أوصى لحربى فى دار الاسلام جاز على ماذكر قبل هذا بقوله وكذا لو أوصى له أى للمستامن مسلم أو ذمى بوصية جاز والله سبحانه وتعالى أعلم

(باب الوصى وما يملكه)

لما فرغ من بيان الموصى له شرع فى بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصى لما أن كتاب الوصايا يشملها لكن قدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعه فكانت الحاجة الى معرفتها أمس (ومن أوصى الى رجل) أى جعله وصيا (فقبل الوصى

قال (واذا دخل الحربى دارنا بامان فاوصى لمسلم أو ذمى بماله كله جاز) لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعى لكونهم فى دار الحرب اذ هم أموات فى حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان أوصى باقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقى على ورثته وذلك من حق المستامن أيضا ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده فى دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذمى بوصية جاز لانه ما دام فى دار الاسلام فهو فى المعاملات بمنزلة الذمى ولهذا تصح عقود التمليكات منه فى حال حياته ويصح تبرعه فى حياته فكذا بعد مماته وعن أبى حنيفة وأبى يوسف انه لا يجوز لانه مستامن من أهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو أوصى الذمى باكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته والله أعلم بالصواب

(باب الوصى وما يملكه)

قال (ومن أوصى الى رجل فقبل الوصى فى وجه الموصى وردها فى غير وجهه

بتوفيق صحيح اذ لا شك أن مراد من قال فى الخلافيات هو الصحيح ترجيح هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما أن مراد من قال هو الاصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح دل على الترجيح من قوله هو الاصح ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافى ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدقا معا (قوله ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته) أقول هذا التعليل الذى حاصله قياس الوصية على الارث منقوض بمسائل متعددة مرت فى الكتاب آنفا منها اما اذا دخل الحربى دارنا بامان فاوصى لمسلم أو ذمى بماله كله فانه جائز مع ان الارث ممتنع بين الذمى والحربى لتباين الدارين وبين المسلم والحربى لاختلاف الدينين ولتباين الدارين حكما ومنها اما اذا أوصى ذمى لحربى مستامن بوصية فانه جائز فى ظاهر الرواية مع انه لا توارث بينهما لتباين الدارين حكما ومنها اما اذا أوصى مسلم لمستامن بشئ فانه أيضا جائز فى ظاهر الرواية مع أنه لا توارث بين المسلم والكافر أصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين أيضا اذا كان الكافر حربيا ولو كان مستأمنا

(باب الوصى وما يملكه)

ان الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها كذا فى النهاية (قوله واذا دخل الحربى دارنا بامان فاوصى لمسلم أو لذمى بماله كله جاز) قيل هذا اذا لم يكن ورثته معه فى دار الاسلام أما اذا كانت ورثته معه يتوقف على اجازتهم وأشار فى الكتاب الى هذا بقوله وليس لورثته حق مرعى لكونهم فى دار الحرب اذ هم أموات فى حقنا (قوله ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز) قوله فى دار الاسلام يتعلق بقوله أوصى لا لحربى أى لو أوصى الذمى فى دار الاسلام لحربى فى دار الحرب لم يجز لتباين الدارين بينهما حقيقة وحكما وكذا لفظ المبسوط ولان الذمى لو أوصى لحربى فى دار الاسلام يجوز على ماذكر قبل هذا وهو قوله وكذا لو أوصى له أى للمستأمن مسلم أو ذمى بوصية جاز والله أعلم بالصواب

(باب الوصى وما يملكه)

فى وجه الموصى) أى بعلمه (وردها فى غير وجهه) أى بغير علم الموصى هكذا ذكره فى الذخيرة اشارة الى أن المقصود بذلك علم الموصى

(باب الوصى وما يملكه) قال المصنف (وذلك من حق المستامن أيضا) أقول لا من حق ورثته حتى ينافى ما قلنا آنفا قال المصنف (ولهذا يصح عقود التمليكات منه فى حال حياته) أقول فيه شئ فان هذا الكلام انما يناسب لاثبات جواز وصية المستامن للمسلم أو الذمى ويمكن التوجيه كما أشير اليه فليتامل (قوله ولان الذمى اذا أوصى) أقول فى صحة هذا العطف تامل

فليس برد) لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده فى غير وجهه فى حياته أو بعد مماته صار مغرورا من
جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده فى غير وجهه لانه لا ضرر هنالك

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع فى بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصى وقدم أحكام الموصى له
لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها أمس (قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع
ماله حيث يصح رده فى غير وجهه) قال صاحب النهاية هذا الذى ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من
الذخيرة والتتمة وأدب القاضى للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبى وفتاوى قاضيخان لانه ذكر فى
هذه الكتب أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل
لا يخرج عن الوكالة وموضعه فى الذخيرة الفصل الثانى من وكالتها والفصل العاشر من التتمة والباب السابع
والستون من أدب القاضى وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وفصل التوكيل بالخصومة من فتاوى
قاضيخان الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل
بشراء عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه ثمة أيضا بغير علم الموكل كما فى الوصى لانه يؤدى الى تغرير الموكل بخلاف
ما اذا كان وكيلا بشراء عبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لانه لا يؤدى الى تغرير الآمر وهذا فيما اذا وكله
بشراء شئ بعينه له أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ واليه أشار صاحب الهداية فى كتاب
الوكالة فى فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل أى لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم
الموكل على قول بعض المشايخ فعن هذا عرفت أن ما قال بعضهم فى شرحه هذا الذى قاله صاحب الهداية مخالف
لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشئ لان المراد بما ذكر فى التتمة وغيرهما من قولهم
الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه لا بشراء شئ بغير عينه
ومراد صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف الى هنا
كلام صاحب الغاية والى هذا مال صاحب العناية أيضا كما يظهر من تقريره فى شرحه أقول بل ليس هذا
التوفيق بشئ لانهم عقدوا فى أكثر المعتبرات لعزل الوكيل فصلا على حدة أو بابا على حدة وبينوا فيه عدم
صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد بشئ
فهل يجوز العقل أن يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه فيكون عقد الفصل أو الباب لبيان
حكم العزل فى مسئلة بعينها من مسائل الوكالات بعبارة مطلقة ويكون حكم العزل فى سائرها متروك الذكر
بالكلية فى عامة روايات الكتب ولعمرى ان حمل كلام الثقات على مثل ذلك سفسطة لا تخفى ولنذكر من
بينها عبارة الذخيرة لعلك تأخذ منها حصة قال فيها الفصل الثانى فى رد الوكالة من الوكيل وفى عزل الوكيل
وقال قد ذكرنا أن الوكيل اذا رد الوكالة ترتد ولكن هذا اذا علم الموكل بالرد وان لم يعلم فلا ترتد حتى أن من
وكل غائبا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلا ثم قال ولا يصح

ليتدارك حاله عند رد الموصى
(فليس برد لان الميت مضى
لسبيله) أى الموصى مات
معتمدا عليه فلو صح رده بغير
علمه فى حياته أو بعد مماته
صار مغرورا من جهته وهو
اضرار لا يجوز فيرد رده
وطولب بالفرق بين الموصى
له والموصى اليه فى أن قبول
الاول فى الحال غير معتبر
حتى لو قبله فى حال حياة
الموصى ثم رده بعد وفاته كان
صحيحا بخلاف الثانى على
ما ذكرتم وأجيب بان نفع
الاول بالوصية لنفسه ونفع
الثانى للموصى فكان فى
رده بغير علمه اضرار به فلا
يجوز بخلاف الاول لان
الموصى به يرجع الى ورثة
الموصى ولا ضرر له فى ذلك
ويشير الى هذا الجواب قوله
(بخلاف الوكيل بشراء عبد
بغير عينه أو ببيع ماله حيث
يصح رده فى غير وجهه) أى
فى غيبته وبغير علمه (لانه
لا ضرر هنالك

ومن أوصى الى رجل فقبل الوصى فى وجه الموصى أى بعلم الموصى وردها فى غير وجهه أى فى غير علم الموصى
(قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده فى غير وجهه) هذا مخالف لعامة
روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وأدب القاضى للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبى وفتاوى
قاضيخان لانه ذكر فى هذه الكتب ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل
نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة والمذكور فى فتاوى قاضيخان فى الوكيل بشراء شئ بعينه فقال
والوكيل بشراء شئ بعينه اذا أخرج نفسه عن الوكالة لا يملك الا بحضره من الموكل ثم ذكر فى الجامع الصغير
ما يوافق رواية الهداية فقال بين هذا أى بين الوصى وبين ما لو وكل رجلا بشئ فرد الوكيل يصح رده سواء رده
فى وجه الموكل أو فى غير وجهه والمذكور فى فتاوى قاضيخان مقيدا بقوله بشراء شئ بعينه لا يخالف
المذكور فى الهداية اذا حمل القيد على الاحتراز عن الوكيل بشراء شئ بغير عينه وفائدة التقييد ان فى المعين

لانه

لانه حى قادر على التصرف بنفسه) فانه جعل علة جوازه عدم الضرر كما فى رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذى ذكره مخالف لعامة روايات
الكتب من التتمة والذخيرة وأدب القاضى للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبى وفتاوى قاضيخان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على
أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة

لانه حى قادر على التصرف بنفسه (فان ردها فى وجهه فهو رد) لانه ليس للموصى ولاية الزامه التصرف ولا
غرور فيه لانه يمكنه أن ينيب غيره (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم
يقبل) لان الموصى ليس له ولاية الالزام فبقى مخيرا فلو أنه باع شيأ من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام
والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل
اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية
اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل انابة لثبوته فى حال قيام ولاية المنيب فلا
يصح من غير علمه كاثبات الملك بالبيع والشراء

عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج عن الوكالة عندنا الوكيل بالخصومة والوكيل بالبيع والشراء
والنكاح والطلاق وسائر التصرفات فى ذلك على السواء ثم قال وكذلك اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم
الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى انظر بعين البصيرة هل فيه ما يساعد التقييد بما اذا كان وكيلا بشراء شئ
بعينه وعن هذا قال صاحب الكافى ههنا بدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه الخ ألا يرى أن
الوكيل اذا أخرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعا للغرر والضرر المنهيين فان يجب نفى الغرر والضرر
من الميت وهو أحق بالنظر أولى انتهى (قوله لانه لا ضرر هنالك لانه حى قادر على التصرف بنفسه) أقول
القائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصورة رد الوصى الوصية فى غير وجه الموصى فى حياته فان الموصى حى
قادر على التصرف بنفسه فى حال حياته مع أنه لا يصح رد الوصى الوصية فى غير وجه الموصى بعد أن قبلها فى
وجهه لا فى حياته ولا بعد مماته كما تقدم آنفا والجواب أن معنى الايصاء الى أحد استخلافه بعد الموت لا فى حال
الحياة فالتصرف الذى يرفعه الموصى الى الوصى انما هو التصرف الكائن بعد موته ولا شك أنه ليس بقادر فى
حياته على التصرف الحاصل بعد مماته كما أنه ليس بقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتقاض نعم انه يقدر فى
حياته على الايصاء الى الآخر بدل الاول اذا علم رد الاول لكن الكلام هنا فى عدم صحة رد الوصى بغير علم
الموصى فان معنى قوله فى غير وجهه بغير علمه ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه فى الذخيرة وذكر فى الشروح
أيضا (قوله واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة) أقول يرد عليه أن يقال هب أن الوصاية خلافة
لكنها ليست بخلافة ضرورية كالوراثة بل هى خلافة اختيارية ألا يرى أنه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يردها
حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر فى الكتاب آنفا فاذا كانت خلافة يتوقف ثبوتها
على اختيار الموصى اليه اياها فعدم توقف ثبوتها على علم الموصى اليه بها مشكل جدا اذ لا يخفى أن اختيار شئ

لو صح رد الوكيل يلزم الموكل ضرر وهو أن يعزل الوكيل نفسه ويشترى ذلك المعين لنفسه وفيه ضرر الموكل
ولا يلزم هذا الضرر فى غير المعين (قوله فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار) فان قيل كان يجب
أن لا يكون له الخيار لانه لما بلغه الايصاء ولم يرده حال حياة الموصى فترك الميت الايصاء الى غيره اعتمادا على أنه
يقبله فاذا رده بعد وفاته يصير الميت مغرورا من جهته والجواب عنه أن الميت مغتر وليس بمغرور ولانه كان من
حقه أن يسأل عنه أنه يقبله أو لا يقبله فاذا لم يفعل ذلك وبنى الامر على أنه يقبله بعد موته ولم يوص الى غيره
جعل مغترا من جهة نفسه لا مغرورا من جهة الوصى بخلاف ما اذا قبل لانه لما قبل فى حياته ترك الايصاء الى غيره
اعتمادا على قبوله فلو ملك الرد بعد وفاته يصير الميت مغرورا من جهته والغرور ينتفى (قوله واذا كانت
خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة) يعنى لما كانت خلافة كالارث صح بيعه كبيع الوارث بعد موت المورث

ولكن ليس فيما نقله
ما يدل على الوكيل بشراء
شئ بغير عينه وعن هذا
قال بعض الشارحين رواية
عامة الكتب فيما اذا كان
وكيلا بشراء شئ بعينه
وقد أشار اليه المصنف فى
كتاب الوكالة فى فصل الشراء
بقوله على ما قيل الا بمحضر
من الموكل وذلك أيضا قول
المشايخ على ما يشير اليه
قوله قيل وسببه الاضرار
بتغريره وأما اذا كان وكيلا
بشراء شئ بغير عينه فليس
فيه ذلك وقوله (وان لم يقبل
ولم يرد حتى مات الموصى
فهو بالخيار ان شاء قبل
وان شاء لم يقبل لان الموصى
ليس له ولاية الالزام فبقى
مخيرا) يعنى كمن وكل حال
حياته فانه ما لم يوجد من
الوكيل قبول نصا ولا دلالة
كان بالخيار وقيل كان
يجب أن لا يكون مخيرا لانه
لما بلغه الايصاء ولم يرده
اعتمد عليه الموصى ولم
يوص الى غيره وفى ذلك
ضرر به والضرر مرفوع
وأجيب بان الموصى مغتر
حيث لم يسأله عن الرد
والقبول فلا يبطل الاختيار
بخلاف ما اذا قبل ثم رد فى
غيبته فانه غار فيبطل اختيار

وقوله (فلو أنه باع شيأ من تركته) بيانه أن القبول يجوز أن يكون دلالة فانها تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يخالفه لكنه يعتبر ذلك
بعد الموت وقوله

(قوله وعن هذا قال بعض الشارحين) أقول يعنى الاتقانى

وقدبينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب (وان لم يقبل حتى مات الموصى فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك ان لم يكن القاضى أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل) لان بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان فى ابطاله ضررا بالميت وضررا الوصى فى الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو أعلى أولى الا أن القاضى اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضى ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضى الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضى اياه أقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضى

وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتأمل (قوله وقدبينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) قال جمهور الشراح ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف فى فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضى بقوله ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبى حنيفة وقالا هو والاول سواء أى الواحد فيهما يكفى انتهى وقال بعض المتأخرين قوله فيما تقدم من الكتب ما عبارة عن الكتب ومن للتبعيض أى بيناه فى بعض الكتب المتقدمة أراد به كتاب القضاء وليس ما عبارة عن الكتب ومن للتبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس لما ذكره أثر فى غير كتاب القضاء أصلا انتهى أقول ليس ما قاله هذا البعض بصحيح لان المصنف كما ذكره فى كتاب أدب القاضى ذكره فى كتاب الوكالة وفى كتاب الشفعة أيضا فانه قال فى باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم ثم قال فيه وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر فلا نعيده وقال فى باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبى حنيفة وقالا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف فى عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم انتهى والعجب من ذلك القائل أنه كيف اجترأ على الحكم بان ليس لما ذكره أثر فى غير كتاب القضاء أصلا بدون التتبع لما تقدم من الكتب (قوله الا أن القاضى اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك) قال عامة الشراح قوله الا أن القاضى اذا أخرجه استثناء من

واذا صح البيع صار لازما حكما لنفاذ البيع فلا يملك رده بعد ذلك وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب منها ما ذكر فى فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضى ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه أى سواء كان المخبر حرا أو عبدا أو فاسقا أو صبيا عاقلا (قوله ودفع الاولى) أى المضرة الاولى وهو أعلى لان ضرر الميت غير مجبور (قوله الا أن القاضى اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك) استثناء عن قوله فله ذلك (قوله لانه مجتهد فيه) أى لان الموضع موضع الاجتهاد اذ الرد صحيح عند زفر رحمه الله دفعا للضرر عن الوصى وللقاضى ولاية دفع الضرر عن الناس فينفذ قضاؤه وبطل الايجاب فلا يعتبر القبول بعده وذكر فى أدب القاضى للصدر الشهيد فى باب ما يكون قبولا للوصية ولو أوصى اليه وهو ليس بحاضر فبلغه ذلك فى حياة الموصى أو بعد وفاته فقال لا أقبل ثم قبل بعد ذلك يجوز لان هذا الرد لم يصح من غير علم الموصى كرد الوكالة لا يصح من غير علم الموكل فاذا لم يرتد الايجاب وقبل صح القبول الا أن يكون القاضى أخرجه من ذلك بذلك الرد فيكون خارجا عن الوصية فبعد ذلك ان قبل لا تصح واختلف المشايخ فى تخريج هذا الحكم منهم من قال انما كان لان على قول بعض العلماء يصح الرد بدون علم الموصى فالقاضى متى أخرجه من الوصاية بذلك الرد فقد قضى فى فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام السرخسى ومنهم من قال لا حاجة الى هذا لكن انما كان لان الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضى أن يخرجه ويصح الاخراج فههنا أولى واليه ذهب الامام شمس

القضاء بالمواريث ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبى حنيفة وقالا هو والاول سواء أى الواحد فيهما يكفى وقوله (وان لم يقبل حتى مات الموصى فقال لا أقبل) يعنى أن الوصى اذا سكت فى حياة الموصى ثم بعد مماته قال لا أقبل ثم قبل فهو وصى ان لم يخرجه القاضى حين قال لا أقبل لان بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لزفر لان فى ابطاله مضرة بالميت وفى ابقائه ضرر للوصى لكن الاول أعلى لكونه غير مجبور بشئ والثانى مجبور بالثواب ودفع الاعلى من الضرر أولى لا محالة وقوله (الا أن القاضى اذا أخرجه) استثناء من قوله فله ذلك يعنى ان القاضى اذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك واختلف المشايخ فى تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال القاضى حكم فى فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام شمس الائمة السرخسى وهو الذى اختاره المصنف ومنهم من قال انما صح لان الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضى أن يخرجه ويصح الاخراج فهنا أولى و اليه ذهب شمس الائمة الحلوانى والباقى واضح قال

(قوله وقوله الا أن القاضى اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك) أقول فيه بحث

قال (ومن أوصى الى عبد أو كافر الخ) ومن أوصى الى عبد غيره أو كافر ذمى أو مستأمن أو حربى أو فاسق أخرجهم القاضى عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ وهو لفظ القدورى يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد فى الصور الثلاث أن الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ فى أنه باطل أصلا أو معناه سيبطل قال الفقيه أبو الليث واليه ذهب القدورى وفخر الاسلام البزدوى وعامة مشايخنا ان معناه سيبطل و وجهه ان العبد أهل للتصرف ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان عجزه عن استيفاء حقوق الميت مظنونا لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا انها ستبطل باخراج القاضى اياه عنها وأما الكافر فقد ذكر فى كتاب القسمة انه لو قاسم شيئا قبل أن يخرجه القاضى جاز فثبت ان الايصاء صحيح لكنه لا يتوقى

قال (ومن أوصى الى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضى عن الوصاية ونصب غيرهم) وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد فى الاصل أن الوصية باطلة قيل معناه فى جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل وقيل معناه فى العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفى غيره معناه ستبطل وقيل فى الكافر باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على أصلنا وولاية الكافر فى الجملة الا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر فى حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضى من الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط فى الاصل أن يكون الفاسق مخوفا عليه فى المال وهذا يصلح عذرا فى اخراجه وتبديله بغيره قال (ومن أوصى الى عبد نفسه وفى الورثة كبار لم تصح الوصية) لان للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشترى فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند أبى حنيفة ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبى حنيفة وتارة مع أبى يوسف وجه القياس أن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزأ

قوله ثم قال أقبل فله ذلك يعنى أن القاضى اذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى أقول فيه نظر لان المصنف قيد قوله فله ذلك بقوله ان لم يكن القاضى أخرجه حين قال لا أقبل وذلك القيد يفيد بمفهوم المخالفة أن القاضى اذا أخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك أى لم يصح قبوله والمفهوم معتبر فى الروايات بالاجماع كما نصوا عليه فلم يبق احتياج الى استثناء ما اذا أخرجه القاضى عن الوصايا من قوله فله ذلك فلو كان قوله هنا الا ان القاضى اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك يلزم الاستدراك فى الكلام كما لا يخفى فالوجه عندى أن يكون قوله هنا الا أن القاضى اذا أخرجه استثناء من قوله فى قربه ودفع الاول وهو الاعلى أولى فيكون هذا الاستثناء داخلا فى حيز تعليل مسئلة الكتاب ويكون ناظرا الى مفهوم قيدها وهو قوله ان لم يكن

الائمة الحلوانى رحمه الله (قوله ومن أوصى الى عبد أو كافر) أى الى عبد غيره لقوله بعده لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى (قوله قيل معناه فى جميع هذه الصور ستبطل) يدل عليه ما ذكر فى الايضاح ولو تصرف العبد قبل أن يخرجه القاضى نفذ تصرفه لانه أهل للتصرف لكن يخرجه القاضى للمعنى الذى ذكرناه وهو أن منافع بدنه مستحقة للمولى فلا يجوز الصرف الى ورثة الوصى وقبل الاخراج الوصاية باقية فنفذ تصرفه (قوله واستبداده) اى ولعدم استبداده بنفسه لان منافعه لمولاه والظاهر أنه يمنعه من التبرع بها على غيره وكذلك بعد اجازة المولى لا تصح وصايته أيضا لان هذا بمنزلة الاعارة منه للعبد فلا يتعلق به اللزوم (قوله وولاية الكافر على المسلم فى الجملة) وهو ما اذا اشترى عبدا مسلما فانه يصح شراؤه ويثبت له الملك فيه والولاية عليه الا أنه يجبر ...

البياعات الفاسدة فجاز للقاضى أن يخرجه عن الوصية وقال بعضهم انه باطل فى العبد واليه ذهب شمس الائمة السرخسى وذلك لان الوصاية ولاية متعدية وذلك للعبد اولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فقوله لعدم ولايته اشارة الى ما قيل الاجازة وقوله (واستبداده الى ما بعدها) لانها بمنزلة الاعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه فى الكافر أيضا باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرنا بعضا منه آنفا وقوله (وهذا يصلح عذرا فى اخراجه وتبديله بغيره) لان الميت انما أوصى اليه لينظر فى ماله وأولاده بعده بالحفظ والصيانة وبالخيانة ترتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية وقوله (ومن أوصى الى عبد نفسه) واضح وقوله (وفى اعتبار هذه) أى هذه الوصية

(قال المصنف وقيل فى العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفى غير معناه ستبطل) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فان اسم الفاعل حقيقة فى الحال مجاز فى الاستقبال والحمل على عموم المجاز محل تامل يعلم الجواب مما ذكر فى شرح الاتقانى وهو أن محمدا ذكر فى الجامع الصغير عن يعقوب عن أبى حنيفة فى المسلم يوصى الى الذمى قال الوصية باطلة وكذلك ان أوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذكر محمد فى الاصل واذا أوصى لغيره فالوصية باطلة وان أجاز مولاه وقال فى الاصل أيضا اذا أوصى المسلم الى ذمى أو الى حربى مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل وقال فى الاصل أيضا ولو أوصى الى فاسق متهم مخوف على ماله فالوصية اليه باطلة انتهى (قال المصنف ومن أوصى الى عبد نفسه وفى الورثة كبار لم تصح الوصية) أقول لا يخفى عليك أن وجه صحة الوصية الى عبد الغير جار هنا الا أن يؤول و يقال اذا كان

وهي وصية عبده على الورثة الصغار (تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته) وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصي وولايته لا تتجزأ اذ لا يقال ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التجزي في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي لكنه غير متجزء فكان عائدا على موضوعه بالنقض وقوله (انه مخاطب) احتراز عن الصبي والمجنون وقوله (مستبد) احتراز عن الايصاء الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله (ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة وأجيب بانه اذا ثبت الايصاء لم يبق للقاضي ولاية البيع وقوله بكونه ناظرا لهم لان العاقل لا يختار المرقوق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وأمانته وشفقته

و في اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروي عن أبي حنيفة أو نقول يصار اليه كي لا يؤدي الى ابطال أصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل أولى قال (ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره) رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته

القاضي أخرجه حين قال لا أقبل كما أن ما قبل هذا الاستثناء كان ناظرا الى منطوق أصلها ويؤيده أن هذا الاستثناء لم يكن مذكورا في البداية أصلا مع كون المسئلة مذكورة هناك أيضا بحالها (قوله وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة ومرة مع أبي يوسف) قال صاحب العناية وانما في هذا القيل نظر لان كبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره وأبي الليث في نكت الوصايا والقدوري في التقريب وشمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا انتهى أقول نظره ساقط اذ لا يلزم من أن يذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتب هؤلاء المشايخ الذين عدهم أن لا يكون قوله مضطربا في نقل أحد أصلا كيف وقد قال في المحيط البرهاني وان كانت الورثة صغارا كلهم فان أوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة وان أوصى الى عبد نفسه فالوصية جائزة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف انها باطلة على التفسير الذي قلنا وقول محمد في الكتاب مضطرب ذكر في بعض الروايات مع أبي حنيفة وفي بعضها مع أبي يوسف انتهى نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع أبي يوسف ولهذا اختاره المصنف حيث ذكر قوله مع أبي يوسف أولا وأشار الى وقوع رواية أخرى في كلام بعضهم حيث قال وقيل قول محمد مضطرب فلا غبار فيه (قوله وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم

على البيع والجبر على البيع لا يشعر بعدم الولاية (قوله وله أنه مخاطب) احتراز عن الصبي والمجنون وقوله مستبد احتراز عن الايصاء الى عبد الغير فانه لا استبداد له وعن الايصاء الى عبد نفسه وفي الورثة كبير لان للكبير أن يبيع نصيبه منه فلا يبقى حينئذ للعبد الاستبداد بنفسه وأما فيما نحن فيه فلا يملك بيعه أحد فكان مستبدا بالتصرف وفي الاسرار فان قيل للقاضي ولاية البيع في هذه المسئلة قلنا اذا ثبت الايصاء للعبد لم يبق للقاضي ولاية البيع (قوله والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروي عن أبي حنيفة رحمه الله) فانه اذا أوصى الى رجلين الى أحدهما في العين والى الآخر في الدين روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن كل واحد منهما يكون وصيا فيما أوصى اليه خاصة (قوله رعاية لحق الموصي والورثة) فرعاية حق الموصي في ابقاء الاول وصيا تصحيحا لتصرف الموصي ورعاية حق الورثة في ضم الآخر اليه

على من خلفهم وصار كالمكاتب فان الايصاء اليه جائز فكذلك هذا قوله (والوصاية قد تتجزأ) جواب عن قولهما في اعتبار هذه تجزئتها وذلك أن الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة أنه اذا أوصى الى رجلين الى أحدهما في العين والى الآخر في الدين أن كل واحد منهما يكون وصيا فيما أوصى اليه خاصة أو نقول يصار اليه أي الى التجزي كي لا يؤدي الى ابطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان قيل يفضي الى تغيير وصفه وهو جعله متجزئا بعد ما لم يكن قلنا تغيير الوصف لتصحيح الاصل أولى من اهداره بالكلية قال (ومن يعجز عن القيام بالوصية) معنى قوله بالوصية بالوصاية اعلم أن الاوصياء ثلاثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وزاد المصنف العاجز أصلا اذا ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان القاضي نصب ناظرا واذا علم صيانة الوصي ونقص كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى اليه الوصي ذلك أي عدم الاستبداد بعجزه لا يجيبه كما ذكر في الكتاب ولو ظهر عنده عجزه أصلا استبدل غيره به رعاية للنظر من الجانبين أي جانب الموصي والوصي يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصي والعاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه واذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي أن يتعرض اليه بالاخراج وان شكاه الورثة أو بعضهم اليه الا اذا ظهر منه خيانة فانه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب ونقص

القاضي أن يخرجه لم يستقر على الصحة فكأنه لم يصح من الابتداء حيث كان على شرف الزوال

قوله (ومن أوصى الى اثنين الخ) روي عن أبي القاسم الصفار أنه قال هذا الخلاف بينهم فيما اذا أوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فأما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه أبو الليث هذا أصح

ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاضي عجزه أصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف أمينا فيه ليس للقاضي أن يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت مرضيه فابقاؤه أولى ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقته فاولى أن يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة أو بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير أنه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كأنه لا وصي له قال (ومن أوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه) الا في أشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزأ فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد ومارضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول أوفى حقا على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة أبدا وهي ما استثناه في الكتاب

المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة وأجيب بانه اذا ثبت الايصاء اليه لم يبق للقاضي ولاية البيع كذا السؤال والجواب في أكثر الشروح وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار أقول في هذا الجواب بحث لان عدم بقاء ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو أول المسئلة التي نحن فيها والمقام مقام اقامة الدليل عليه من قبل أبي حنيفة رحمه الله فلو بني تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة على المطلوب لا محالة فالحق في الجواب عن السؤال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح الاقطع حيث قال وأورد في شرح الاقطع سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا كانوا صغارا فالقاضي يلي على بيعه اذا رأى ذلك قيل ولاية القاضي على الوصي لا تمنع جواز الوصية لانه يلي على الاحرار مع وجود الوصية اليهم انتهى (قوله وهي ما استثناه في الكتاب

(قوله ولو شكا اليه الوصي ذلك) أي لو شكا الوصي الى القاضي عجزه عن القيام بامور الوصاية (قوله لان الوصاية سبيلها الولاية) أي الوصاية انما تثبت بطريق الولاية بانتقال ولاية الموصي الى الوصي لا بطريق الانابة بدليل ان الايصاء يتم بقوله أوصيت مطلقا ولو كان طريق الانابة لم يصح الا بالتنصيص على ما هو المقصود كالوكيل فانه لو قال وكلتك لا يملك التصرف ما لم يذكر ما اذا فوض اليه من التصرف وكذا لو قال جعلتك حاكما لا يملك تنفيذ القضاء ما لم يبين له ذلك وههنا لما صح الايصاء اليه مطلقا عرفنا أنه اثبات الولاية بطريق الخلافة والدليل عليه أن ولايته بعد زوال ولاية الموصي والولاية اذا ثبتت لاثنين شرعا يثبت لكل واحد منهما كملا على الانفراد كالاخوين في ولاية الانكاح فكذا اذا ثبتت شرطا وهذا لان الولاية لا يحتمل التجزي لانها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تتجزى بخلاف التوكيل والتقليد في الحكومة (قوله أصله الدين الذي عليهما ولهما) يعني اذا كان الدين عليهما فلاحدهما ولاية الايفاء واذا كان لهما لا يكون

وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل منهما على الانفراد وحكي عن أبي بكر الاسكاف أنه قال الخلاف فيهما جميعا سواء أوصى اليهما جميعا أو متفرقا وجعل في المبسوط هذا الاصح لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وحينئذ تثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وانما قال الا في أشياء معدودة ولم يذكر كميتها لاختلاف أقوال العلماء فيها فذكر في الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع الاموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد للصغير منه وبيع ما يسرع اليه الفساد ورد الغصب والوديعة والخصومة وذكر في الجامع الصغير لقاضيخان ثمانية وهي الستة المذكورة في الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر فيه أيضا جمع الاموال الضائعة قيل ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة فيعدان واحدا كي لا يزداد ما نص عليه من الثمانية والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك

وقوله (سبيلها الولاية) يعني انها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر

وأخواتها فقال (الا في شراء كفن الميت وتجهيزه) لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لانه يخاف موتهم جوعا وعريا (و رد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون) لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأى (وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه) لانه لا يحتاج فيه الى الرأى (والخصومة في حق الميت) لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين (وقبول الهبة) لان في التأخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذى في حجره فلم يكن من باب الولاية (وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف) لان فيه ضرورة لا تخفى (وجمع الاموال الضائعة) لان في التأخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع

واخواتها) يعنى وهى أى الاشياء المعدودة ما استثناه القدورى في مختصره بقوله الا في شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها او عتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدورى الاستثناء عليها في مختصره واقتفى أثره المصنف في البداية وقوله هنا وأخواتها بالرفع عطف على ما في قوله ما استثناه في الكتاب أى والمسائل التى هى أخوات المسائل المستثناة في الكتاب وهى ما زاده المصنف في الهداية بقوله ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة وهذه التى زادها المصنف على ما في الكتاب ستة أشياء فيصير مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتأخرين في شرح هذا المحل قوله وهى ما استثناه في الكتاب أى في مختصر القدورى كما سبق وقوله وأخواتها بالرفع عطف على ما اشارة الى انه يزاد عليه أشياء أخر وهى ما ذكرته فيما سبق يعنى قوله وزاد عليها المصنف رد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحدا كما جعل في الاسرار بناء على أن الاول داخل في الثانى وكذا رد المغصوب والوديعة والمشترى شراء فاسدا يكون المستثنى فيما ذكره المصنف أحد عشر وما زاده اثنين والا فأربعة عشر وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الاخوات انتهى كلامه أقول هذا الذى ذكره مع كونه ناشئا عن الغفلة عما زاده المصنف في الآخر من أشياء ثلاثة وهى قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة مختل في ذاته اذ لا يمكن أن يكون مجموع ما ذكره المصنف أحد عشر على تقدير أن يكون ما زاده اثنين وأربعة عشر على تقدير أن يكون ما زاده ثلاثة لان زيادة الثلاثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن أن يكون المجموع بزيادة الاثنين أحد عشر وبزيادة الثلاثة أربعة عشر بل لا بد أن يكون بزيادة الثلاثة اثنى عشر كما لا يخفى (قوله وطعام الصغار وكسوتهم) قال في غاية البيان وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على قوله في شراء الكفن وكذلك قوله ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون كل ذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجر انتهى أقول لا يخفى أن ما يساعده تحرير المصنف من الاعراب هو الذى ذكر في الشرح المزبور ولكنه منظور فيه عندى لان قول المصنف في شراء الكفن في كتابه هذا واقع في حيز قال في قوله فقال في شراء الكفن ولا ريب أن الضمير المستتر في قوله فقال راجع الى ما رجع اليه الضمير المستتر فيما استثناه في الكتاب وهو القدورى والمراد بالكتاب مختصره فيلزم أن يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في الهداية من مقول القدورى في مختصره وليس كذلك قطعا كما عرفته مما بيناه فيما مر آنفا اللهم الا أن يحمل قوله فقال الا في شراء الكفن الخ على تغليب ما ذكره القدورى في مختصره على ما زاد عليه المصنف هنا بطريق الالحاق به تأمل (قوله وحفظ المال يملكه من يقع في يده) قال صاحب

وقوله (لانها ليست من باب الولاية) أى الولاية المستفادة من الموصى لتحققها من غير من أوصى اليه وذكر رواية الجامع الصغير لبيان أن اقتضاء الدين أى قبضه ليس كقضائه بل هو على الاختلاف

لاحدهما ولاية الاستيفاء (قوله وقضاء الديون) أى بجنس حقه

الصغير وليس لاحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضى بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو أوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل

النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين يعنى أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الا حفظ المال الى أن يقضى صاحب الدين وكل من يقع المال في يده فهو يملك حفظه انتهى أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا الذى ذهبا اليه تكلف بارد بل تعسف فاسد اذ لا شك أن مراد المصنف بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبيله وحفظ الاموال فكيف يتم حينئذ توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران والصواب أن قول المصنف هنا وحفظ المال يملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الاموال كما لا يخفى (قوله والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم) أقول فيه شئ وهو أن قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم أن لا يكون الاقتضاء الذى هو القبض معنى التقاضى في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع أن الامر ليس كذلك كما صرح به المصنف في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لانه في معناه وضعا الا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضيته دينى وبدينى واقتضيته دينى واقتضيت منه حقى أى أخذته انتهى ثم أقول في الجواب ليس مراد المصنف ههنا بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم نفى كونه كذلك في اللغة والوضع بل بيان أن عرفهم يطابق اللغة والوضع وفائدته دفع توهم أن يقال كون معنى التقاضى الاقتضاء في الوضع غير كاف لان العرف قاض على الوضع أى براجح عليه فان قلت بقى المخالفة حينئذ بين كلام المصنف هنا وبين كلامه هنالك الا أن العرف بخلافه قلت مراد المصنف هنا أن المراد منه كان كذا في عرف المجتهدين ومراده هنالك أن العرف بخلافه في زماننا أو في ديارنا ولا غرو في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين أو المكانين ويؤيده أن صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكره محمد في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد فخر الاسلام البزدوى في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضى في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضى مستعملا في المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهى تدبر تفهم (قوله ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية) أقول لقائل أن يقول

(قوله والمراد بالتقاضى الاقتضاء) أى القبض في عرفهم فيكون على الخلاف وفي عرفنا يراد به الطلب فيملكه كل واحد منهما (قوله لو أوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين) وعن أبى القاسم الصفار هذا الخلاف فيما اذا أوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا أوصى لكل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه أبو الليث قول أبى القاسم الصفار أصح وبه نأخذ وحكى عن أبى بكر الاسكاف قال الخلاف فيهما جميعا سواء أوصى اليهما جميعا أو متفرقا وذكر في المبسوط ولم يذكر في الكتاب ما اذا أوصى الى كل واحد منهما على الانفراد ولكن الاصح ان الخلاف في الفصلين لان وجوب الوصية يكون عند الموت فتثبت الوصية لهما جميعا بخلاف الوكالة وقد يوصى الانسان الى غيره على ظن انه يمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فكان بمنزلة الوصية اليهما معا بخلاف الوكيلين فان رأى الموكل قائم هنالك واذا عجز الوكيل يمكن الموكل من المباشر بنفسه فلم يكن قصده ضم الثانى الى الاول وانما كان قصده انابة كل واحد منهما منابه بالانفراد

وقوله (ولو أوصى الى كل واحد منهما على الانفراد) ذكرنا في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما

وقوله (فان مات أحدهما) متصل باول الكلام وقوله (ولو أن الميت منهما أوصى الى الحى) ظاهر وقوله (والى الجد فى النفس) يعنى اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص للجد فكذا الوصى فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الاول قائما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وقوله (وعند الموت كان له ولاية) أى عند موت الموصى كان

كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما أفرد فقد رضى برأى الواحد وقيل الخلاف فى الفصلين واحد وهو الاصح لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات أحدهما جعل القاضى مكانه وصيا آخر أما عندهما فلان الباقى عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند أبى يوسف الحى منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصى قصد أن يخلفه متصرفا فى حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الميت ولو أن الميت منهما أوصى الى الحى فللحى أن يتصرف وحده فى ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا أوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضى الى نصب وصى آخر لان رأى الميت باق حكما برأى من يخلفه وعن أبى حنيفة أنه لا ينفرد بالتصرف لان الموصى ما رضى بتصرفه وحده بخلاف ما اذا أوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأى المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصى وأوصى الى آخر فهو وصيه فى تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعى لا يكون وصيا فى تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل فى حالة الحياة والجامع بينهما أنه رضى برأيه لا برأى غيره ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد ألا يرى أن الولاية التى كانت ثابتة للموصى تنتقل الى الوصى فى المال والى الجد فى النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصى وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية فى التركتين فينزل الثانى منزلته فيهما ولانه لما استعان به فى ذلك مع علمه أنه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافى ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حى يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة

ان كان الاقتضاء فى معنى المبادلة كان القضاء أيضا فى معنى المبادلة ضرورة أن المبادلة انما تتحقق من

(قوله واذا مات الوصى وأوصى الى آخر) أى قال جعلته وصيا فهو وصيه فى تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يكون وصيا فى تركة الميت الاول هذا اذا أطلق اما اذا قال جعلته وصى ما تركه صار وصيا فى تركته وتركة موصيه فى ظاهر الرواية لان تركة موصيه تركته أيضا وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله يصير وصيا فى تركة الموصى فقط لانه نص عليه (قوله والى الجد فى النفس) حتى كان له ولاية تزويج الصغار واستيفاء القصاص (قوله ثم الجد قائم مقام الاب الى آخره) الاب كان له ولاية الانكاح بنفسه وباقامة غيره مقامه فكذلك الجد له ولاية الانكاح بنفسه وباقامة غيره مقامه وكذلك الموصى كان له ولاية التصرف فى ماله بنفسه وباقامة غيره مقامه فكذلك الوصى لقيامه مقامه (قوله ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة) أى نيابة عن الورثة جائز ومقاسمة الورثة أى مقاسمة الوصى الورثة عن الموصى له أى نيابة عنه صورته رجل أوصى الى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقاسم الوصى الموصى له واعطى له الثلث وامسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة حتى لو هلك حصة الورثة فى يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشى لان ولايته نافذة على الصغار وعلى حفظ مال الكبار والموصى له خصم والقسمة بين الخصمين نفذت واما فى عكسه وهو ان يكون الوارث كبيرا حاضرا والموصى له غائبا فقاسم الوصى مع الوارث فاعطى الوارث حقه وامسك لثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له حتى لو هلك ما فى يده كان للموصى له ان يرجع على الورثة بثلث ما فى ايديهم لانه ولا ولاية للموصى عليه وذكر الامام المحبوبى محيلا الى مبسوط شيخ الاسلام ان

للوصى ولاية فى التركتين أى فى تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤل اليه وتركة موصيه أما فى تركته فباعتبار أنه ملكه وأما فى تركة وصيه فباعتبار الوصاية اليه فينزل الثانى منزلته فيهما وقوله (فلا يرضى بتوكيل غيره) أى لا يرضى الموكل بان يوكل وكيله غيره أو يوصى الى غيره قال (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة) رجل أوصى الى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقاسم الوصى الموصى له نائبا عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة فى المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفى المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصة الورثة فى يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشئ وأما ان كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غائبا فقاسم الوصى مع الوارث عن الموصى له فاعطى الورثة حقهم وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان أو كبيرا حاضرا أو غائبا فى المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك فى يد الوصى ما أفرزه ومقاسمته

كان له أن يرجع على الورثة بثلث ما فى أيديهم والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة اذا كانوا صغارا كان للوصى بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا أما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع ووجه المسئلة ما ذكره فى الكتاب وحاصله أن الورثة والوصى كلاهما خلف عن الميت فيجوز أن يكون الوصى خصما عنهم وقائما مقامهم وأما الموصى له فليس بخليفة

عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبين الوصى مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه فى نفوذ القسمة عليه (وقوله

ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة) لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصى خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما فى يد الوصى ليس له أن يشارك الموصى له أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصى فلا يكون الوصى خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفرزه له عند الوصى كان له ثلث ما بقى لان القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصى لا يضمن لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ فى التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقى لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقى على الشركة قال (فان قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقى) لما بينا

الجانبين واذا كان أحدهما مقتضيا كان الآخر قاضيا البتة فيلزم أن يكون القضاء أيضا من باب الولاية مع أن المصنف صرح بخلافه فيما قبل (قوله غير أن الوصى لا يضمن لانه أمين وله ولاية الحفظ فى التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة) قال صاحب العناية فيه اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرزه للورثة فى يده لان الحفظ انما يتصور فى ذلك أما لو سلمه اليهم فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا فى النهاية الى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل لان مقتضى تحريره أن يثبت للموصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما اذا سلم الوصى ما أفرزه للورثة اليهم على الاطلاق أى سواء كان ما سلمه اليهم باقيا فى أيديهم أو هالكا وليست المسئلة كذلك لا فى النهاية ولا فى غيرها فانه قال فى النهاية ثم ان كان ما أعطاه الوصى للورثة باقيا فى أيديهم كان للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما أعطاهم وان كان هالكا كان الموصى له بالخيار فى تضمين الحصة التى دفعها الوصى الى الورثة ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع فان لم يكن دفع حصة الورثة اليهم حتى هلك الكل فى يد الوصى لم يكن للموصى له أن يضمن الوصى شيأ لبقاء حكم الامانة فى المال فكذا فى هلاك قدر نصيبه الى هذا أشار الامام المحبوبى الى هنا لفظ النهاية وقال فى المحيط البرهانى فان هلك حصة الموصى له فى يد الوصى وبقى نصيب الورثة كان للموصى له أن يأخذ ثلث ما بقى فى يد الورثة وان هلك حصة الورثة فى يد الورثة وهلك حصة الموصى له فى يد الوصى أيضا فما هلك فى يد الورثة من حصة الموصى له فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن الوصى وان شاء ضمن الوارث انتهى

مقاسمة الوصى للموصى له عن الورثة جائزة فى العروض والعقار جميعا اذا كانت الورثة صغارا كلهم حتى لو هلك نصيب الورثة لم يكن لهم الرجوع بشئ على الموصى له لان للوصى ولاية على الورثة الا ترى ان له ولاية بيع نصيب الصغار من العقار والمنقول جميعا ما لو كانت الورثة كبارا فليس للوصى ولاية البيع على الكبير الغائب فى العقار وله ولاية بيع المنقول عليه فكذا القسمة لان القسمة نوع بيع فلذلك قلنا اذا كانت الورثة كبارا غيبا كانت مقاسمة الوصى للموصى له عن الورثة جائزة فى العروض دون العقار وأما مقاسمته مع الورثة عن الموصى له باطلة فى العقار والعروض جميعا سواء كان الموصى له صغيرا او كبيرا حاضرا او غائبا حتى لو هلكت حصة الموصى له فى يد الوصى وبقيت حصة الورثة كان للموصى له ان يرجع بثلث ما فى يد الورثة ان كان قائما فى ايديهم (قوله والوصى خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث) لان من كان خليفة لاحد كان خليفة لمن قام مقامه فصار تصرفه كتصرفه اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه (قوله ولا يصير مغرورا بشراء الموصى) حتى لو كان الموصى به جارية فاستولدها الموصى له ثم استحقت اخذها المستحق وولدها ولا يصير الولد حرا بالقيمة بحكم الغرور بخلاف الوارث (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى على الشركة ويبقى ما بقى على الشركة

حتى يرد بالعيب) أى فيما اشتراه المورث (ويرد عليه) أى فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانه اذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع على بائع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها المورث من آخر والمسئلة بحالها فان المشترى يرجع على بائعه دون بائع بائعه لانه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره (وقوله غير أن الوصى لا يضمن) جواب سؤال تقديره اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلاك المال بعد ذلك الفعل الذى هو غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ووجه الجواب ما قال لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ فى التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ وفيه اشارة الى أنه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرزه للورثة فى يده لان الحفظ انما يتصور فى ذلك أما لو سلمه اليهم فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا فى النهاية فان قاسم الورثة كان معلوما من سياق كلامه ولكن ذكر لكونه لفظ

الجامع الصغير وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه

(قوله وفيه اشارة الى أنه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرزه للورثة فى يده) أقول لا يقال هذا يخالف لما ذكره سابقا من قوله فاعطى الورثة حقهم لانه

(قال وان كان الميت اوصى بحجة الخ) رجل مات وترك أربعة آلاف درهم وأوصى أن يحج عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فاخذ الوصي ألفا ودفعها الى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق قال أبو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى هكذا وقال أبو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة أخرى وقال محمد اذا سرقت الالف الاولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة أخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح وقوله (ومن أوصى بثلث ألف درهم) واضح على ما ذكره في الكتاب وذكر الامام المحبوبي أن هذا الجواب فيما اذا كانت التركة مما يكال أو يوزن لان القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى ينفرد أحد الشريكين من غير قضاء ولا رضا ويجوز لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن فاما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا قسمته قلت وضع المسئلة في الدراهم لعله اشارة الى ذلك فانها مما يوزن وقوله (واذا باع الوصي عبدا من التركة) ذكره للفرق بينها وبين ما اذا باع المولى أو وصيه عبده المأذون له المديون بغير محضر من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لان لغريم العبد هنالك حقا في استسعاء العبد وبعد البيع لا يبقى فكان في البيع ابطال حق الغرماء فلا ينفذ بغير اجازتهم وأما ههنا فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد انما حقه في لان استيفاء الدين من الثمن فلم يكن للبيع مبطلا حق الغريم بل يكون محققا له لان حقه في الدراهم أو الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله (ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء) يعني اذا باع بمثل قيمته

قال (وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم في الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده) وقال أبو يوسف ان كان مستغرقا الثلث يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو أفرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف أن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال (ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة) لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال (واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون

(قوله وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده الخ) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة أي قاسم الوصي الورثة فهلك ما في يده أي ما في يد الحاج فالوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما واقتفى أثره صاحب معراج الدراية أقول ليس هذا الشرح بصحيح اذ لو رجع ضمير ما في يده الى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاج كما صرح به الشارحان المذكوران لزم أن يكون قوله فيما بعد وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده مستدركا محضا كما لا يخفى والصواب أن ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده راجع الى الوصي فحينئذ ينتظم المعنى ولا يلزم الاستدراك في قوله الآتي كما ترى (قوله وقال محمد لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو أفرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذلك اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه) قال بعض المتأخرين قلت هذا قياس مع الفارق لان الموصي غير ملزم بشيء اذ له الرجوع عن الوصية رأسا فلا يلزم من

(قوله وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة) في بعض الفوائد ذكر في المبسوط لخواهر زاده واجمعوا ان الموصي لو قاسم الورثة واخذ الثلث فضاع في يده قبل ان يدفعه الى النائب فانه يحج عنه بثلث ما بقي ثم وثم الى ان يبقى حبة وانما الاختلاف فيما اذا دفعه الى النائب فهلك في يد النائب واطلاق ما ذكر ههنا يدل على ان الخلاف في الفصلين واحد وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله فهلك ما في يده حج عن الميت بثلث ما بقي وكذا ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده (قوله فقسمته جائزة) وفي الجامع الصغير الموصى له بالثلث اذا كان غائبا فدفع الورثة المال الى القاضي يجوز قسمته لان له ولاية على الغائب فكان قسمته كقسمة الغائب قالوا هذا الجواب فيما يكال او يوزن لان القسمة فيه تمييز وليس مبادلة حتى ينفرد احد الشريكين باخذ نصيبه من غير قضاء ولا رضا ويجوز أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن وفيما عداهما لا يجوز لان القسمة فيها معنى المبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا القسمة وهذا بخلاف الوصي لانه لا ولاية له على الغائب ولا على الموصى له (قوله وان كان في مرض موته)

وقوله (ومن أوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين) ظاهر وقوله (لانه ضمن بقبضه) أي لا بعمل آخر يكون للورثة لان باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملا للموصي ولا لورثته وقوله (لان الرجوع بحكم الوصية) لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث وقوله (أنه يرجع عليه بحكم الغرور) أي بحكم أن الميت غره بقوله هذا ملكي فانه لما أمره ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلا هذا العبد ملكي فكان الوصي مغرورا من جهته فكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع التركة وقوله (وقد مر في كتاب القضاء) يعني في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله واذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء الخ وقوله (فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء) أي لا على الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع الا للميت فصار كما اذا كان على الميت دين آخر وذكر في الذخيرة محالا الى المنتقى أن الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا لان غنم تصرف الوصي عاد اليهم فالغرم يجب أن يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له (وقوله فان قسم الوصي الميراث الخ) ظاهر وكذا

لان للغرماء حق الاستسعاء وأما ههنا فبخلافه قال (ومن أوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي) لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال (ويرجع فيما ترك الميت) لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد أنه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر قال (وان قسم الوصي الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير) لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه

عدم لزوم شيء لهذا عدم لزومه لذلك انتهى أقول ليس هذا بشيء فان الموصي وان لم يكن ملزما بشيء في حال حياته الا أنه تلزم وصيته بعد مماته فتنفذ من ثلث تركته البتة والمراد بما ذكر في دليل محمد هو أن الموصي لو أفرز بنفسه مالا ليحج عنه فهلك ذلك المال لا يؤخذ بشيء من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته أصلا وقد أفصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره وأما مذهب محمد فهو أن دفع الوصي بمنزلة دفع الميت ولو أن الميت هو الذي دفع قبل موته الى رجل مالا ليحج عنه فسرق المال لا يؤخذ من تركته مرة أخرى كذلك هذا انتهى فكأن ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف في تقرير دليل محمد لا يلزمه شيء أن يكون

أي اذا باعه بمثل القيمة (قوله بغير رضاه) لان رضا المشتري باخذ الوصي الثمن انما كان عند سلامة المبيع ولم يسلم (قوله وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول لا يرجع) أي لا يرجع الوصي على احد لانه ضمن بقبضه أي لانه تبين بطلان الوصية باستحقاق الغلام ولم يكن عاملا للورثة فلا يرجع عليهم بشيء (قوله لان الرجوع بحكم الوصية) لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث عليه (قوله وجه الظاهر أنه يرجع بحكم الغرور) أي ان الوصي يرجع على الميت على تركته بحكم ان الميت غره بقوله ان هذا ملكي لانه لما امره ببيع عبده وتصدق بثمنه على المساكين كان قائلا ان هذا العبد ملكي فكان الوصي مغرورا من جهته وكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع التركة كذا ذكره الامام قاضيخان وذكر في الذخيرة فان هلكت التركة لا يرجع على احد لا على الورثة ولا على المساكين ان كان قد تصدق عليهم بالثمن لان البيع لم يقع الا للميت وفي المنتقى اذا اوصى الرجل الى رجل وامره ان يبيع هذا ويتصدق بثمنه على المساكين ففعل الوصي ذلك ثم استحق العبد من يد المشتري ورجع المشتري على الوصي بالثمن لا يرجع الوصي في مال الميت بشيء وانما يرجع على المساكين الذي تصدق عليهم بالثمن والقياس هكذا يقتضي لان غنم تصرف الوصي يعود الى المساكين فغرمه يجب أن يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ان الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له (قوله وقد مر في كتاب القضاء) في آخر فصل القضاء بالمواريث من فصول كتاب ادب القاضي (قوله واذا احتال بمال

يندفع بادنى تأمل (قال المصنف لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه) أقول العهدة استحقاق حقوق تلزم بالعقد وقيل هي نفس العقد لان العقد والعهد سواء والعهدة التبعة أيضا غير أن في حقوق العباد المقصود منها المال وفي حقوق الله تعالى المقصود استحقاق الاداء كذا في كشف البزدوي وذكر في المغرب وقولهم عهدته على فلان فعلة بمعنى مفعول ومعناه ما أدرك فيه من درك فاصلاحه عليه

قوله (واذا احتال الوصي بمال اليتيم) ولم يذكر ما اذا كان المحيل والمحال عليه سواء في الملاءة وذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ ومن لا يجوزه يحتاج للفرق بينه وبين ما لو باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من أجنبي فانه جائز على ما يجيء والفرق أن البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش فاما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فيجب أن يكون هذا أيضا على ذلك وقوله (ولا يجوز بيع الوصي) واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال الصغير شيأ لنفسه أو باع من اليتيم شيأ من ماله هل يجوز أولا ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف في احدى الروايتين عنه وتفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعدا وعند محمد وعلى أظهر الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز على كل حال (وقوله والصبي المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية) أي يتصرفون باهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم فيه نيابة عن أحد بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن قال (واذا كتب كتاب الشراء على وصي) هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود لنفي تهمة شهادة الزور وهو واضح وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان ذلك أحوط وقوله (وبيع الوصي على الكبير الغائب) قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا صغارا جاز للوصي أن يبيع من تركة الميت العروض والعقار على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين أو غيبا وقال المتأخرون انما يجوز للوصي بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لا وفاء له الا من ثمن العقار أو يكون للصغير حاجة لثمن العقار أو رغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا حضورا ليس للوصي التصرف في التركة أصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية ولم يقبض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محيطا أو بمقدار الدين ان لم يحط وله بيع ما زاد على الدين أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما وتنفذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع لتنفيذها شيأ من التركة جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله (لان الاب يلي ما سواه) دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسئلة اذا لم يكن على التركة دين مستغرق فان كان وهو مستغرق فله أن يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان مأمورا بالبيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر

قال (واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز) وهو أن يكون أملأ اذ الولاية نظرية وان كان الاول أملأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال (ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله) لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله (واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة) لان ذلك أحوط ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال (وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شئ الا في العقار) لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه

المراد أنه لا يؤخذ من نفس الموصي شئ في حال حياته فوقع فيما وقع (قوله لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانهم يتصرفون بحكم المالكية أي يتصرفون

اليتيم) أي قبل الحوالة فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املأ أي أقدر على الاداء وان كان الاول املأ لا يجوز وان كانا سواء ذكر انه لا يجوز كذا ذكره الامام المحبوبي وفي الذخيرة وان كان الثاني مثل الاول في الملاء فقد اختلف المشايخ فيه واشار في الكتاب الى أنه لا يجوز (قوله على بعض الوجوه) وهو انه اذا لم يكن مليا يتأخر الاداء والتأخير اتلاف من وجه (قوله لانهم يتصرفون بحكم المالكية) أي باهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن فك الحجر ولانه اذن لهم في التجارة والتاجر يحتاج الى المساهلة ويحتمل الغبن في بعض التصرفات لاستجلاب قلوب المجاهزين فكان هذا من توابع التجارة بخلاف الهبة وبخلاف الاب والوصي لانهما يتصرفان بشرط الاصلح والاحسن (قوله واذا كتب كتاب الشراء على حدة) لان ذلك احوط لانه لو كتب كتابا واحدا وجمع بين الوصية والشراء ويشهد من الشهود من لم يتحمل الشهادة على الوصية فعند اداء الشهادة عسى ان يشهد بجميع ذلك فيكون شاهد زور (قوله ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا) أي لان ذلك احوط (قوله وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شئ الا في العقار) استثنى العقار في حق الكبير الغائب اما في حق

(قوله لان الاذن فك الحجر) أقول فيه بحث فان الكلام كان عاما للصبي المأذون والمكاتب

الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما فالافي منع بيع الزيادة ان جوازه للحاجة ولا حاجة الى بيع الزائد فلا يجوز واستحسن أبو حنيفة فقال الولاية ههنا بسبب الوصاية وهي لا تتجزأ فتى تثبت له الولاية في بيع البعض تثبت في الباقي ولان في بيع البعض اضرارا للتعيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذلك في نصيب الكبير ألا يرى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة اذا كانت الورثة كبارا بعبارة الكتاب واذا كانوا صغارا فهو منه فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها أن الكبار اذا كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالاجماع وبيع حصة الصغار من العقار وأما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر وان اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حضورا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف وقوله (ولا يتجر في المال) ظاهر وقوله (وهذا الجواب في تركة هؤلاء) يعني الاخ والام والعم وانما قيد بتركة هؤلاء لان وصي هؤلاء فيما ترك الاب ليس كوصي الاب في الكبير الغائب فان وصي الام لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه قائم مقام الام والام حال حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عنه فكذلك وصيها وأما ما ورثه الصغير من الام فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين أو وصية أما اذا كان دين فان كان مستغرقا فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه كما لا ولاية للام على الصغير في المال فكذا لا ولاية للاخ والعم عليه

فيه وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه قال (ولا يتجر في المال) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف ومحمد وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم

باهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لان الاذن فك الحجر بان قال فيه بحث فان الكلام كان عاما للصبي المأذون والمكاتب انتهى أقول ليس هذا بوارد اذ لا شك أن المدعى كان عاما للصبي المأذون والمكاتب الا أن قوله لان الاذن فك الحجر يصلح أن يكون تعليلا في حقهما أيضا أما في حق الصبي المأذون فظاهر لان الاذن في حقه فك الحجر الثابت له بسبب صباه كما أن الاذن في حق العبد المأذون فك الحجر الثابت له بسبب رقه كما تقرر في كتاب المأذون وأما في حق المكاتب فلانه وان لم يكن مأذونا صراحة الا أنه صار مأذونا في ضمن عقد الكتابة لا محالة فان أداء بدل الكتابة بدون ثبوت الاذن له في الكسب محال والاذن في الشرع فك الحجر واسقاط الحق لا غير عندنا كما مر في أول كتاب المأذون فلا غبار في التعليل المزبور (قوله وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير) قال صاحب الكفاية قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يلي ما سواه ويتفصى عنه بان الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى أقول ما ذكره في وجه التفصي عن التناقض ليس بتام لان الوصي أيضا لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب فان كان معنى قول المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا أنه كان القياس أن لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر أيضا كما هو الظاهر من السباق والسياق لزم أن يكون معنى قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير أي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر أيضا وهذا ينافي ما ذكره الشارح المزبور في وجه التفصي عن التناقض

الصغير يملك بيع العقار أيضا وهذا جواب السلف وأما جواب المتأخرين انه انما يجوز باحد شروط ثلاثة اما ان يرغب المشتري فيه بضعف القيمة أو للصغير حاجة الى ثمنها أو بان يكون على الميت دين ولا وفاء له الا به قال الصدر الشهيد وبه يفتى (قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير) في صورة التناقض لقوله لان الاب يلي ما سواه ويتفصى عنه بان الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه لجهة الحفظ والنظر (قوله وهذا الجواب في تركة هؤلاء) قيد به لان الوصي كالموصي وهم لا يملكون الا الحفظ فكذا وصيهم فان كان للصغير مال لا من تركتهم لا يملك وصيهم حفظه لان ولاية الحفظ مقصورة على تركة الموصي

(قال المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير) أقول يناقض ظاهره لقوله لان الاب يلي ما سواه ويتفصى عنه بان الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر كذا في الكفاية ولا يوافقه قوله ولا يليه

قال (والوصى أحق بمال الصغير من الجد) وقال الشافعى الجد أحق لان الشرع أقامه مقام الاب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا أن بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصى مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه (فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب) لانه أقرب الناس اليه وأشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصى غير أنه يقدم عليه وصى الاب فى التصرف لما بيناه

(فصل فى الشهادة) قال (واذا شهد الوصيان أن الميت أوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة) لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما قال (الا أن يدعيها المشهود له) وهذا استحسان وهو فى القياس كالاول لما بينا من التهمة ووجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصب الوصى ابتداء أو ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضى

كما لا يخفى وان كان معنى ذلك كان القياس أن لا يملكه الوصى بالولاية الحقيقية وهو يشعر بان يكون ذلك القياس متروكا مع أنه لم يترك قط اذ لم يقبل أحد بان الوصى يملكه على الكبير بالولاية الحقيقية فالوجه فى تقرير هذا المحل ما ذكره الامام الزيلعى فى التبيين حيث قال وكان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضا ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا أنه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع انتهى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن نقل ما فى الكفاية رده بوجه آخر حيث قال ولا يوافقه قوله ولا يليه انتهى أقول هذا ساقط اذ لا نسلم أن قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما فى الكفاية من التوجيه فان معناه ولا يلى الاب العقار كما يلى غيره اذ فى غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه وهذا لا ينافى ما فى الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذى فطنة

(فصل الشهادة فى الوصية) قال صاحب النهاية لما لم تكن الشهادة فى الوصية أمرا مختصا بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها اه واقتفى أثره صاحب العناية نقلا عنه أقول ليس ذلك بسديد لان الذى لا يختص بالوصية انما هو مطلق الشهادة وأما الشهادة فى الوصية فمختصة بها قطعا فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة فى الوصية أمرا مختصا بالوصية كما لا يخفى والظاهر فى وجه التأخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال وانما أخر ذكر الشهادة فى الوصية لكونها عارضة غير أصلية لان الاصل عدم العارض اه (قوله ووجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصب الوصى ابتداء أو ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضى) قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضى لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة اذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضى وان كان لا يحتاج الى نصب الوصى لكن الموصى اليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا فى هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصى وهنالك تقبل الشهادة

(قوله غير أنه يقدم عليه وصى الاب فى التصرف لما بينا) وهو قوله ولنا ان بالايصاء ينتقل ولاية الاب اليه الى آخره والله اعلم بالصواب

(فصل فى الشهادة) ههنا خمس مسائل الغريمان لهما على الميت دين والغريمان للميت عليهما دين والموصى لهما والموصى اليهما والوارثان (قوله وهذا استحسان) أى قبول الشهادة عند دعوى المشهود له الوصاية (قوله وجه الاستحسان ان للقاضى ولاية نصب الوصى ابتداء) فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضى لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند اداء الشهادة اذا تمكنت الشبهة فيه قلنا القاضى وان كان لا يحتاج الى نصب الوصى لكن الوصيان والموصى لهما والوارثان متى شهدا بذلك كان من زعمهما انه لا تدبير لنا فى هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه

وقوله (والوصى أحق بمال الصغير من الجد الخ) ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله ولنا أن بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه الخ

(فصل فى الشهادة) قال فى النهاية لما لم تكن الشهادة فى الوصية أمرا مختصا بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها وقوله (واذا شهد الوصيان) ظاهر وقوله (وجه الاستحسان الخ) اعترض عليه بانه اذا كان للميت وصيان فالقاضى لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة اذا تمكنت فيه الشبهة وأجيب بان القاضى وان كان لا يحتاج الى نصب الوصى لكن الموصى اليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا فى هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصى وهنالك تقبل الشهادة فكذلك ههنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت

قال (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى أنفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعنى الوصيين (لوارث صغير بشئ من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة) لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما فى المشهود به قال (وان شهد الوارث كبير فى مال الميت لم يجز وان كان فى غير مال الميت جاز) وهذا عند أبى حنيفة وقالا ان شهدا لوارث كبير تجوز فى الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف فى التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة

فكذلك هنا كذا ذكره الامام المحبوبى فى باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير الى هنا لفظ النهاية واقتفى أثر ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب العناية أقول كل من السؤال والجواب منظور فيه عندى أما السؤال فلا اتجاه له أصلا فان الوصيين اللذين نصبهما الميت اذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضى أن يضم اليهما وصيا آخر بلا ريب كما تقرر فى أوائل باب الوصى وما يملكه واذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضى أن يضم اليهما الآخر ورضى به الآخر فله أيضا أن يضم اليهما الآخر كما صرح به فى كثير من المعتبرات وأشار اليه المصنف هنا بقوله أو ضم آخر اليهما برضاه قال تاج الشريعة فى شرحه يعنى لو سألا من القاضى أن يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه فعلى القاضى أن يجيبهما فى ذلك انتهى ثم ان هذا حال الضم الى الوصيين مطلقا وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضى أن يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص عليه فى عامة المعتبرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا ردت شهادتهما ضم القاضى اليهما ثالثا لان فى ضمن شهادتهما اقرارا منهما بان معهما آخر فى الوصاية ولهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار فى حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الاوصياء الثلاثة ثم قال فى بيان وجه الاستحسان فى صورة قبول شهادتهما ووجه الاستحسان أنه يجب على القاضى أن يضم اليهما ثالثا على ما بينا آنفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضى اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال فى الاصل واذا كذبهما المشهود عليه أدخلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه من مشايخنا من قال ما ذكر أنه يدخل معهما ثالثا قول أبى حنيفة ومحمد وأما عند أبى يوسف لا يدخل معهما ثالثا ومنهم من يقول لا بل المذكور فى الكتاب قولهم جميعا وهو الظاهر فانه لم يحك فيه خلافا وان صدقهما وقال لا أقبل الوصية قال أدخلت معهما ثالثا بخلاف ما لو قبل ثم أبى فانه لا يعمل رده واباؤه الى هنا لفظ المحيط وأما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم يكن ثمة وصى بقوله وهنالك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق اذ لا تهمة هنالك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا وأيضا القاضى يحتاج هنالك الى نصب الوصى وهنا لا يحتاج اليه فى زعم المجيب فاين هذا من ذلك ومجرد المشابهة فى جهة لا يصحح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعى أثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثر انتهى أقول هذا ليس بشئ لان شهادة المتهم انما لا تقبل فى اثبات حق شرعى وايجابه لا فى اسقاط شئ كمؤنة التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضى مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما أشار اليه المصنف بقوله فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضى وكم من شئ يكون حجة فى الدفع ولا يكون حجة فى الاثبات كالاستصحاب ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضا كذلك فيترتب عليها أثر الدفع ولقد أفصح عنه صاحب الغاية هنا حيث قال ووجه الاستحسان أن القاضى ملك نصب الوصى اذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت القاضى بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما أسقطت عنه مؤنة التعيين ومثاله أن القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها فى تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضى فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى (قوله وكذلك الابنان) قال الشراح قوله

ما لم يكن ثمة وصى وهنالك تقبل الشهادة فكذا هنا (قوله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول)

بنصب القاضى وقوله (وكذلك الابنان) معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة وقوله (وكذا لو شهدا يعنى الوصيين الخ) واضح وقوله (واذا شهد رجلان لرجلين) جنس هذه المسائل أربعة أوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثانى ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بالف مرسلة أو بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهد الرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور فى الكتاب آخرا هو أن يشهد الرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة أو بثلث المال ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما تثبت فيه التهمة لا تقبل فيه الشهادة وهو الثانى والرابع وما لم تثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر فى الكتاب

(قوله معطوف على المستثنى منه وهو قوله والشهادة باطلة) أقول يعنى أنه معطوف عليه بعد تقييده بالشرط كما قيل فى عطف قوله تعالى ولا يستأخرون

بخلاف شهادتهما فى غير التركة لانقطاع ولاية وصى الاب عنه لان الميت أقامه مقام نفسه فى تركته لا فى غيرها قال (واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تقبل فى الدين أيضا وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع أبى يوسف وعن أبى يوسف مثل قول محمد وجه القبول أن الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع أجنبى بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى أحدهما حقه

وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة اهـ أقول تفسير المصنف قوله وكذلك الابنان بقوله معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر يقتضى أيضا بظاهره أن يكون قوله وكذلك الابنان معطوفا على قوله فالشهادة باطلة لان الحكم فى صورة الانكار بطلان الشهادة لا غير لكن لم يظهر لى ما دعاهم الى جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى فى الثانى أيضا وزيادة الافادة اذ يصير المعنى اذ ذاك وكذلك حكم شهادة الابنين فى صورة أن ينكر المشهود له ما شهدا به وفى صورة أن يدعيه فان شهادتهما تبطل فى الصورة الاولى وتقبل فى الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا فان جواب مسئلة شهادة الابنين كجواب مسئلة شهادة الوصيين فى الصورتين معا كما صرح به فى عامة الكتب وأما اذا جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم أن تكون احدى صورتى مسئلة شهادة الابنين متروكة البيان فى الكتاب بالكلية من غير ضرورة ولا يخفى ما فيه فالحق عندى أنه معطوف على المجموع لا محالة (قوله بخلاف شهادتهما فى غير التركة لانقطاع ولاية وصى الاب عنه لان الميت أقامه مقام نفسه فى تركته لا فى غيرها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل يقتضى أن تجوز شهادتهما لوارث صغير أيضا فى غير تركة الميت عند أبى حنيفة لجريانه بعينه هنالك أيضا مع أن عدم جواز شهادتهما لوارث صغير بشئ من تركة الميت وغيرها متفق عليه كما مر فى الكتاب آنفا فليتأمل فى الدفع (قوله واذا شهد رجلان لرجلين على ميت الى آخر الفصل) قال فى العناية جنس هذه المسائل أربعة أوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثانى ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهد لرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور فى الكتاب آخرا هو أن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلث المال ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثانى والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كما فى الثالث على ما ذكر فى الكتاب وأما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا

عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما فى غير التركة) لان الوصى انما صار خصما بقول الوصاية فيما هو من جملة الميراث وأما فيما هو للوارث الكبير على الاجنبى لا بطريق الارث هو كأجنبى آخر (قوله وأبو حنيفة رحمه الله فيما ذكر الخصاف مع أبى يوسف رحمه الله) أى لا يجوز شهادة كل فريق من الشاهدين فى حق الآخر لا فى حق الدين ولا فى الوصية بألف درهم وقوله وعن أبى يوسف رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله أى تجوز شهادة كل فريق من الشاهدين فى حق الآخر فى حق الدين ولا تجوز فى حق الوصية بالف درهم فصار عن أبى حنيفة رحمه الله روايتان وعن أبى يوسف رحمه الله كذلك وعن محمد رحمه الله رواية واحدة وجنس هذه المسائل على أربعة أوجه فى الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو ان يشهد الرجلان بوصية عين لرجلين كالعبد وشهد الموصى لهما لهذين الشاهدين بوصية عين أخرى كالجارية لانه لا شركة للمشهود فيه فلا تتمكن التهمة وفى الوجه الثانى لا تقبل بالاجماع وهو ان يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله وشهد المشهود لهما للشاهدين بمثل ذلك لانهما أوجبا شركة لانفسهما فيما شهدا به

من

وأما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا فوجه القبول وهو الذى ثبت عليه الامام محمد ولم يطرد أن الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع أجنبى بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة ووجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة شاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه فى الذمة لبقائها لا فى المال فلا تتحقق الشركة

من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه فى الذمة لبقائها لا فى المال فلا تتحقق الشركة قال (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق) لانه لا شركة فلا تهمة (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للاولين بثلث ماله فهى باطلة) لان الشهادة فى هذه الصورة مثبتة للشركة

(كتاب الخنثى)

انتهى أقول تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل لانه ان أراد بالاوجه الاقسام الكلية فهى ثلاثة لا غير أحدها ما اتفقوا على جوازه وثانيها ما اتفقوا على عدم جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه وما عده وجها رابعا داخل فى القسم الثانى لا محالة وان أراد بها الامثلة فهى خمسة لا أربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب فالاوجه لجعل الاثنين منها وجها واحدا على أن قوله الاول ما اختلفوا فيه والثانى ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد كون مراده بالاوجه هو الامثلة بل يقتضى كون مراده بها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان صاحبى النهاية والكفاية وان ذهبا أيضا الى كون الاوجه فى جنس هذه المسائل الاربعة الا أن تقريرهما لا ينافى كون المراد بالاوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول كما ينافيه تقرير صاحب العناية فانهما قالا فيه وجنس هذه المسائل على أربعة أوجه فى الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين لرجلين كالعبد ويشهد الموصى لهما لهذين الشاهدين بوصية عين أخرى كالجارية لانه لا شركة للمشهود فيه فلا تتمكن التهمة وفى الوجه الثانى لا تقبل بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله ويشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة أيضا وفى الوجه الثالث لا تقبل أيضا وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد ويشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين الاولين بثلث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفى الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين انتهى تدبر تفهم ثم ان الحق أن تثلث القسمة هنا كما فعله الفقيه أبو الليث فى كتاب نكت الوصايا حيث قال واذا شهد أربعة نفر شهد هذان لهذين وهذان لهذين على الميت فان هذا على ثلاثة أوجه فى وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفى وجه لا تقبل بالاتفاق وفى وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بامثلته ودليله وكما فصله شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد حيث قال وههنا ثلاثة فصول أحدها ما لا تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثانى ما تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها تأمل

(كتاب الخنثى)

قال فى النهاية لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة فى المبال من آلتى النساء والرجال شرع فى بيان أحكام من له آلتان فيه وقدم ذكر الاول لما أن الواحد قبل الاثنين أولان الاول هو الاعم والاغلب وهذا كالنادر فيه انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان ما ذكر فى الكتب السالفة من الاحكام ليس بمخصوص بمن له آلة

للآخرين وكذلك اذا شهد للآخرين بالف مرسلة أيضا وفى الوجه الثالث انه لا يقبل أيضا وهو أن يشهد الرجلان ان الميت أوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد وشهد المشهود لهما ان الميت أوصى للشاهدين الاولين بثلث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفى الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين (قوله فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة) لا يقال ان لهما فى هذه الشهادة مضرة وهو ان لا تسع التركة حق الفريقين فينتقص حقهما بالشركة لانا نقول هذا توهم عسى يتحقق وعسى لا يتحقق ومنفعة ثبوت حق المشاركة فيما يستوفيه الآخر متحققة فترد الشهادة لهذا والله أعلم بالصواب

(كتاب الخنثى)

(كتاب الخنثى)

(فصل في بيانه) قال (واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو أنثى) لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وان بال منهما فالحكم للاسبق) لان ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الاصلي (وان كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة وقالا ينسب الى أكثرهما بولا) لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا أصليا ولان للاكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال (واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل الى النساء فهو رجل) وكذا

واحدة بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان ألا يرى أن الاحكام المارة في كتاب الوصايا مثلا جارية بأمرها في حق الخنثى أيضا وكذلك الحال في أحكام سائر الكتب المتقدمة كلها أو جلها فما معنى قوله لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة شرع في بيان أحكام من له آلتان وأما ثانيا فلان قوله شرع في بيان أحكام من له آلتان ليس بتام اذ جعل المصنف لكتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثاني لاحكامه حيث قال فصل في بيانه ثم قال فصل في أحكامه فهو في هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لا في بيان أحكامه وانما ذكر أحكامه في الفصل الثاني بعد أن ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وان صح أن يقال شرع في أحكامه أيضا بتأويل ما فما معنى تخصيص الشروع بالثاني في قوله شرع في بيان حكم من له آلتان ويمكن التوجيه بعناية فتأمل وقال في العناية لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود انتهى أقول يتجه عليه أيضا ما ذكرناه آنفا من البحث الاول بل بعض البحث الثاني أيضا فتأمل وقال في غاية البيان أخر كتاب الخنثى لوقوعه نادرا لان الاصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة اما آلة الرجل واما آلة الانثى واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وأخره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج الى بيانه اهـ أقول هذا جيد الا قوله وقلة الاحتياج الى بيانه فان ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون أحوج الى البيان لكونه بعيدا عن الاذهان موقوفا عاله على أمر خفي وعن هذا قال في النهاية ومن محاسن أحكام الخنثى ترك الاهمال في البيان وان ندر وجوده في الازمان

(فصل في بيانه) قال صاحب العناية فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه

(فصل في بيانه) اعلم ان الله تعالى خلق بني آدم ذكورا واناثا كما قال الله تعالى وبث منهما رجالا كثيرا ونساء وقال يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وقد بين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو ذكر وانثى فدل انه لا يجتمع الوصفان في شخص واحد وكيف يجتمعان وبينهما مضادة (قوله ولان البول من أي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح) وذلك ان ما يقع به الفصل بين الذكور والاناث عند الولادة الآلة وذلك في الآدمي وفي سائر الحيوانات وعند انفصال الولد من الام منفعة تلك الآلة خروج البول منها وما سواه من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية للآلة كونه مبالا فاذا كان يبول من مبال الرجال عرفنا ان الآلة هذه والآخر زيادة بمنزلة خرق في البدن واذا كان يبول من مبال النساء عرفنا ان الآلة هذه وان الآخر بمنزلة ثؤلول في البدن (قوله وان بال منهما فالحكم للاسبق) والفقه فيه ان حين وجد الاول لم يكن له معارض فاخذ اسم المبال قبل ان يأخذ الآخر ذلك الاسم والثاني يعارضه الاول حين وجوده فيترجح السابق (قوله وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق) أي اذا كان بوله في الخروج والكثرة على السواء كان مشكلا بالاتفاق وفي شرح الطحاوي وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما

فصل في بيانه)*

لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب أن تركيب الخنث يدل على لين وتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال (قال واذا كان الخ) أي قال القدوري اذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى والظاهر أن الواو الواقعة في أول الكلام للاستئناف وكلامه ظاهر وقوله (فهو دلالة على أنه هو العضو الاصلي الصحيح) وجه الدلالة أن الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة ومنفعة هاتين الآلتين عند الانفصال من الام ليست الا خروج البول منهما وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية للآلة كونه مبالا فاذا بال من أحدهما عرف أن الآلة التي هي للفصل في حقه هذه والآخر زيادة خرق في

اذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران (ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة) لان هذه من علامات النساء (وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل) وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

(فصل في أحكامه) قال رضي الله عنه الاصل في الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في أمور الدين وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال (واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلاته

فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال اهـ وقال بعض المتأخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب ولك أن تقول انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عنونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد كان ذلك في قوة تعنون الاولى به أيضا وان لم يصرح به في العادة لكن صرح به هنا اشارة في أول الوهلة الى أن هنا فصلا آخر يذكر بعده وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه فتأمل انتهى أقول هذا كلام خارج عن سنن السداد أما أولا فلان الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه لا لقطعه من شيء آخر مطلقا وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله وهنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها انفصال الاخرى عن الاولى انما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقا في الاولى لا تحقق الانفصال عما تقدم في الاولى أيضا كما لا يخفى والفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب وأما ثانيا فلانه كيف يحصل بالتصريح بالفصل هنا الاشارة في أول الوهلة الى أن هنا فصلا آخر يذكر بعده وذكر فصل لا يقتضي ذكر فصل آخر لا في المعقول ولا في العرف والا لزم أن يقتضي ذكر فصل في أحكامه ذكر فصل آخر أيضا بعده ولم يذكر بعده فصل آخر قطعا وعن هذا تراهم يذكرون في كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذكرون بعده فصلا آخر أصلا

(فصل في أحكامه) أي في أحكام الخنثى المشكل وهو الذي لم تظهر فيه احدى العلامات وتعارضت العلامات لان غير المشكل اما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل (قوله واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلاته) أقول في تحرير هذا التعليل نوع خلل لان قوله ولا النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتخلل الرجال وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال أنه امرأة لانه معطوف فيلزم أن يكون قوله ولا النساء متفرعا أيضا على قوله لاحتمال أنه امرأة لان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير الحاصل لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال ولا النساء ولا شك أنه لا معنى لتفرع عدم تخلله النساء على قوله لاحتمال انه امرأة اذ لا تأثير لاحتمال انه امرأة في عدم تخلله النساء بل بمجرد احتمال انه امرأة مما يجوز تخلله النساء وانما التأثير في عدم تخلله النساء لاحتمال انه رجل وكأن صاحب الكافي ذاق هذه البشاعة فغير تحرير المصنف في التعليل حيث قال وان وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال حتى لا يفسد صلاتهم لاحتمال انه امرأة ولا يتخلل النساء حتى

الله يعتبر الاكثر منهما فان استويا في الكثرة قالوا جميعا لا علم لنا به ثم ان أبا حنيفة رحمه الله استقبح الترجيح بكثرة البول على ما يحكى عنه ان أبا يوسف رحمه الله لما قال بين يديه يورث من أكثرهما بولا قال يا أبا يوسف هل رأيت قاضيا يكيل البول بالاواني أي الكثرة على الحقيقة لا تعرف الا بالكيل ولا يجوز الاشتغال به (قوله وكذا اذا تعارضت هذه المعالم) بان ظهر فيه علامة الرجل وعلامة المرأة والله أعلم

(فصل في احكامه)

البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر وحاصله ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النساء فهو امرأة وان لم يظهر شيء أو تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل وهذا يرفع ما يقال لا اشكال بعد البلوغ الا اذا أريد به الغالب

(فصل في أحكامه) لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل لان غير المشكل اما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل أحكامه فقال (الاصل في الخنثى المشكل) ولم يقل المشكلة لانه لما لم يعلم تذكيره وتانيثه والاصل هو الذكر لان حواء خلقت

(فان قام فى صف النساء فاحب الى أن يعيد صلاته) لاحتمال أنه رجل (وان قام فى صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذى عن يمينه وعن يساره والذى خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا) لاحتمال أنه امرأة قال (وأحب الينا أن يصلى بقناع) لانه يحتمل أنه امرأة (ويجلس فى صلاته جلوس المرأة) لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما أمكن (وان صلى بغير قناع أمرته أن يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد أجزأه (وتبتاع له أمة تختنه ان كان له مال) لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان أو امرأة

تفسد صلاته لاحتمال انه رجل انتهى (قوله فان قام فى صف النساء فاحب الى أن يعيد صلاته لاحتمال انه رجل) هذا لفظ محمد فى الاصل قال جمهور الشراح انما قال باستحباب اعادة الصلاة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط فى باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة فى صلاة مشتركة موهوم فللتوهم أحب له أن يعيد الصلاة انتهى وعزاه فى النهاية والكفاية الى المبسوط أقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذى فطانة أن كون المفسد موهوما لا يرفع وجوب اعادة الصلاة عند تقرر كون الاخذ بالاحتياط واجبا فى باب العبادات كما صرحوا به فان الاحتياط يقتضى الاحتراز عن الموهوم أيضا فالظاهر عندى ما ذكر فى الذخيرة ونقله الشراح هنا عنها وهو أن قوله فاحب الى أن يعيد صلاته فيما اذا كان الخنثى المشكل مراهقا فان الاعادة مستحبة فى حقه تخلقا واعتيادا وأما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا كان عليه الاعادة وان كان أنثى لم تلزمه الاعادة فتجب الاعادة احتياطا على ما هو الحكم فى باب العبادة (قوله ويجلس فى صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما أمكن) أقول فى هذا التعليل كلام وهو أنه ان أراد بقوله وهو جائز فى الجملة أنه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل مكروه وان أراد به أنه جائز بعذر كما صرح به فى الكافى حيث قال وهو جائز فى الجملة عند العذر وكما صرح به فى المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر هنا حيث قال لان الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من أبين الاعذار انتهى فهو مسلم لكن يرد حينئذ على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها أن يقال ارتكاب المكروه أيضا جائز عند العذر واشتباه الحال من أبين الاعذار فالرجحان فى جلوسه جلوس المرأة فتامل فى الدفع (قوله وتبتاع له أمة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان أو امرأة) قال صاحب النهاية هذا التعليل وان كان صحيحا فى حق الرجل ولكن هو فاسد فى حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها مطلقا لانه ذكر فى استحباب المبسوط أن للامة أن تنظر الى مولاتها كما

(قوله فان قام فى صف النساء فاحب الى ان يعيد صلاته) وانما قال باستحباب اعادة الصلاة دون الوجوب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة فى صلاة مشتركة موهوم فللتوهم احب له ان يعيد الصلاة كذا فى المبسوط وذكر فى الذخيرة فان قام فى صف النساء فصلى قال احب الى ان يعيد صلاته لانه صبى أو صبية فان كانت صبية تجزيها صلاتها او يحتمل ان يكون صبيا فتفسد صلاته فيؤمر بالاعادة تخلقا واعتيادا فان لم يعد فلا شئ عليه ان كان مراهقا وان كان بالغا وكان مشكلا حاله يلزمه الاعادة حتما وايجابا لانه ذكر أو انثى فان كان انثى لا تلزمها الاعادة وان كان ذكرا كان عليه الاعادة فتجب عليه الاعادة احتياطا (قوله ويعيد الذى عن يمينه وعن يساره والذى خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا) لاحتمال انه امرأة) وفى المبسوط والمراد من الاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا ان محاذاة المرأة الرجل فى حقهم موهوم ومبنى العبادة على الاحتياط فيستحب لهم ان يعيدوا صلاتهم لهذا (قوله وعلى الاستحباب) أى الامر باعادة الصلاة اذا صلى بغير قناع على الاستحباب لان الفساد موهوم والمسقط وهو الاداء معلوم (قوله ويبتاع له أمة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان أو امرأة) هذا

من ضلع آدم اعتبره (فان قام فى صف النساء فاحب الى أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل) قيل وانما قال باستحباب اعادة الصلاة ولم يقل بالوجوب والاخذ بالاحتياط فى باب العبادات أولى لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة فى صلاة مشتركة موهوم فللوهم أحب له أن يعيد الصلاة فان قيل الخنثى اذا كان مراهقا فلا اعادة عليه وان أفسدها فان كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا وجب الاعادة وان كان أنثى لا يلزمه فتجب احتياطا فما وجه قوله أحب الى أن يعيد أجيب بان مراده اذا كان مراهقا فالاعادة مستحبة تخلقا واعتيادا وأما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة كذا فى الذخيرة فعلى هذا التقدير تكون اعادة من على يمينه ويساره وخلفه وبحذائه اذا قام فى صف الرجال واجبة لكن ذكر فى المبسوط أن المراد بالاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا أن محاذاة الرجل المرأة فى حقهم موهوم وقوله (وأحب الينا أن يصلى بقناع) يعنى اذا كان مراهقا وأما اذا بلغ بالسن فذلك واجب وقوله (وهو على الاستحباب) يعنى اذا كان غير بالغ وأما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شئ من علامات الرجال أو النساء فالاعادة واجبة وقوله (لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان أو امرأة) ويكره

قيل فيه نظر لانه وان كان صحيحا فى حق الرجل لكنه فاسد فى حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها بل لها أن تنظر من مولاتها الى ما لها أن تنظر اليه من الاجنبيات والصواب فى التعليل وان كان أنثى فانه نظر الجنس الى الجنس وهو أخف منه الى خلاف الجنس فليس للملك تاثير فى اباحة نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل فلو زوجه المولى امرأة بمهر يسير أغنته عن

ويكره أن يختنه رجل لانه عساه أنثى أو تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا (وان لم يكن له مال ابتاع له الامام أمة من بيت المال) لانه أعد لنوائب المسلمين (فاذا ختنته باعها ورد ثمنها فى بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها (ويكره له فى حياته لبس الحلى والحرير

للاجنبيات فعلم بهذا أنه لا تاثير للملك فى اباحة النظر الى سيدتها والاولى فى التعليل هنا ما ذكره فى المبسوط والذخيرة فقال لانه متى اشترى الولى جارية للخنثى فانه يملكها الخنثى ثم ان كان الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوكة الى مالكها وان كان الخنثى أنثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حالة العذر فعلم بهذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنثى باعتبار أن نظر الجنس الى الجنس أخف من نظره الى خلاف الجنس لا أن يكون للملك تاثير فى اباحة نظر المملوكة الى سيدتها الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الغاية بعد أن نقل اعتراض صاحب النهاية على تعليل المصنف وفيه نظر لان ذلك فى حالة الاختيار لا فى حالة العذر ولهذا لو أصاب المرأة قرح أو جرح فى موضع لا يحل النظر اليه تداويه المرأة وكذا نظر القابلة الى فرج المرأة وقت الولادة يحل فاذا جاز النظر بالعذر فاقامة السنة أيضا عذر جاز لها أن تنظر الى فرجها انتهى أقول نظره ساقط اذ يشترك فى جواز النظر بالعذر الى موضع العورة من الامة المرأة والحرة والمملوكة وغير المملوكة فلم يكن للملك تاثير فى اباحة نظر المملوكة الى سيدتها أصلا وتعليل المصنف بقوله لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان أو امرأة يشعر لا محالة بتأثير الملك فى اباحة النظر الى سيدتها كتأثيره فى اباحة النظر الى سيدها فيرد عليه ما قاله صاحب النهاية من أن هذا صحيح فى حق الرجل فاسد فى حق المرأة وعن هذا أمضاه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال صاحب الكافى فى التعليل لانه يباح لمملوكته النظر الى ذكره ان كان رجلا (قوله ويكره له فى حياته لبس الحلى والحرير) قال صاحب

التعليل وان كان صحيحا فى حق الرجل فاسد فى حق المرأة لان الامة فى النظر الى سيدتها كالاجنبيات والاولى فى التعليل ما ذكر فى الذخيرة لانه متى اشترى الولى جارية للخنثى فانه يملكها الخنثى ثم ان كان الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوكة الى مالكها وان كان الخنثى انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حالة العذر فعلم بهذا ان شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى انثى باعتبار ان نظر الجنس الى الجنس اخف من نظره الى خلاف الجنس لا ان يكون للملك تاثير فى اباحة نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل هذا المعنى موجود فيما اذا زوج الولى امرأة من الخنثى فان الخنثى لو كان ذكرا لكانت هذه امرأته وان كان أنثى كان فيه نظر الجنس الى الجنس حتى لا يحتاج الى شراء الجارية بالمال الكثير قلنا تزويج المرأة للخنثى لا يفيد اباحة الختان لان النكاح موقوف قبل أن يستبين أمره ويجوز أن يكون ذكرا فيجوز النكاح ويجوز أن يكون أنثى فلا يجوز فاذا كان مشكل الحال كان النكاح موقوفا والنكاح الموقوف لا يفيد اباحة النظر الى الفرج هكذا ذكره شيخ الاسلام رحمه الله وذكر شمس الائمة الحلوانى رحمه الله انما لم نقل تزوج له امرأة بماله لانا لا نتيقن بصحة نكاحه ما لم يتبين أمره ولكن لو فعل هذا كان مستقيما لان الخنثى ان كان امرأة فهذا نظر الجنس الى الجنس وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة الى زوجها وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا انما لم يقل محمد رحمه الله ذلك لان تلك المرأة تبقى معلقة اذا لم يصل اليها لانه لا يمكن التفريق بينهما لانه صبى ولا تصل الى حقها فى الجماع كذا فى الذخيرة (قوله ويكره له فى حياته لبس الحلى والحرير) وقوله فى حياته

شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير أجيب بان محمدا لم يقل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح ما لم يتبين أمره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لان الخنثى ان كان امرأة فهذا نظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة الى زوجها (وقوله ويكره له فى حياته لبس الحرير) قيل لا فائدة لقوله فى حياته فانه لا لبس بعد الموت وانما هو الباس فكان معناه مفهوما من قوله لبس وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر فى التراكيب يكون قيدا للاخراج لجواز أن يكون بعضها بيانا للواقع وانما كره ذلك لان لبس الحرير حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط فان الاجتناب عن الحرام فرض والاقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذرا عن الوقوع فى الحرام وقوله (وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء) يعنى اذا كان مراهقا والمراد بالانكشاف هو أن يكون فى ازار واحد لا ابداء موضع

(قوله قيل فيه نظر الى قوله فليس للملك تاثير فى اباحة نظر المملوكة الى سيدتها) أقول نعم الامر كما قال وقد مر تفصيله فى كتاب الكراهية فى مسائل النظر الا أنه يمكن أن يجاب عنه بان مراد المصنف من قوله لانه يباح للمملوكة النظر اليه رجلا كان أو امرأة اباحة النظر لسيدها مطلقا ولسيدتها بالضرورة فحينئذ يندفع الاشكال بالكلية (قوله يعنى اذا كان مراهقا الى قوله لان ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضا) أقول اذا كان الكلام فى المراهق فافعاله لا توصف بالحل والحرمة

وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وأن يسافر من غير محرم من الرجال) توقيا عن احتمال المحرم (وان أحرم وقد راهق قال أبو يوسف لا علم لي في لباسه) لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان أنثى يكره له تركه (وقال محمد يلبس لباس المرأة) لان ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ولا شئ عليه لانه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو عتاق ان كان أول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى) لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر أو قال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره) لما قلنا (وان قال القولين جميعا عتق) للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل (وان قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله

النهاية وليس في قيد قوله في حياته زيادة فائدة لان الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة لما ان بعد الموت لو وجد ذلك الالباس لا للبس والكراهة بعد الموت للملبس لا للميت وقد اقتفى أثره صاحبا الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب العناية رد ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيدا للاخراج لجواز أن يكون بعضها بيانا للواقع انتهى أقول ليس هذا شئ لان حاصل دخل صاحب النهاية أن قوله في حياته قيد مستدرك لا فائدة فيه هنا لانفهام معناه مما ذكر فيما قبله وما بعده ولا يذهب عليك أن كونه بيانا للواقع لا يدفع استدراكه وعدم الفائدة في ذكره اذا كان الواقع مبينا بدونه فالوجه في الاعتذار عن ذكره ماذكره هؤلاء الشراح أنفسهم حيث قالوا الا أن المصنف تبع في ذلك لفظ المبسوط وانما وقع في لفظ المبسوط ذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى اذا مات فكان ذكر الحياة هناك لتبيين المقابلة لا للقيد انتهى (قوله وان يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء) قال جمهور الشراح وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء فانه ليس المراد من

لا يفيد زيادة فائدة لان الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة وبعد الموت الالباس والكراهة للملبس الا انه اتبع لفظ المبسوط وانما وقع في لفظ المبسوط ذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى اذا مات لاظهار المقابلة لان لبس الحلي والحرير لا يحل للرجل ويباح للمرأة فكان الاحتياط في ترك لبسه كيلا يكون واقعا في الحرام ان كان رجلا (قوله وان يتكشف قدام الرجال) لاحتمال انه امرأة أو قدام النساء لاحتمال انه رجل وهذه المسئلة تدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضا ولكن المراد أن يكون في ازار واحد وفي نظر المرأة الى المرأة روايتان (قوله وان يسافر من غير محرم من الرجال) قيد بقوله من الرجال لانه يكره ان يسافر معه امرأة محرما كان أو غير محرم لانه من الجائز انه أنثى فيكون هذا مسافرة امرأتين بغير محرم لهما وذلك حرام (قوله وان كان أنثى يكره له تركه) أي ترك لبس المخيط فان المرأة في احرامها يلزمها لبس المخيط ويحرم عليها الاكتفاء بلبس الازار والرداء فلما استوى الجانبان لا يمكن ترجيح أحدهما بغير حجة فتوقف فيه وقال لا علم لي وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل لان لبس المخيط للرجل في احرامه جائز عند العذر واشتباه أمره من أبلغ الاعذار وأما ترك الستر للمرأة فغير جائز في حال من الاحوال ولبس المخيط أقرب الى الستر ومبنى حال المرأة على الستر كما في غير حالة الاحرام (قوله لان الحنث لا يثبت بالشك) لان مع الاشكال لا يتيقن بوجود الشرط والمعلق بالشرط لا ينزل مالم يوجد الشرط حقيقة فكان هذا نظير مالو قال ان لم أدخل دار فلان فعبده حر ثم مات ولم يعلم أدخل أو لم يدخل لا يحكم بوقوع العتق لهذا المعنى فكذلك ههنا (قوله لما قلنا) أي لان الحنث لا يثبت بالشك (قوله وان قال بالقولين) أي بالايجابين جميعا بان قال كل عبد لي وكل أمة لي فهو حر

العورة لان ذلك لا يحل لغير الانثى أيضا وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز له التكشف للنساء في ازار واحد وقوله (وأن يخلو به) أي يكره أن يخلو به (غير محرم من رجل أو امرأة) لقوله صلى الله عليه وسلم ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان وأمره في ذلك محتمل نظرا الى حاليه وقوله (لا علم لي في لباسه) يعني لاشتباه حاله وعدم المرجح وقول محمد ظاهر وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان الحنث لا يثبت بالشك وقوله (وان قال بالقولين) يعني أن يقول كل عبد لي وكل أمة لي فهو حر وقوله (لانه ليس بمهمل) يعني أنه في الواقع ليس بخال عن أحد

اذا

الحالين وقوله (لانه دعوى يخالف قضيه الدليل) لانه يقتضي بقاء الاشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف مالم يعلم به غيره وقوله (ينبغي أن يقبل) انما قال بلفظ ينبغي لان حكمه غير مذكور فلم يتيقن به (وقوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء) أي غسل الرجل المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع فان النظر الى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت الا أن نظر الجنس الى الجنس أخف فلاجل الضرورة أبيح نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فان كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة ماتت بين رجال أو عكسه فانه ييمم بالصعيد مع الخرقة ان يمم الاجنبي وبغيرها ان كان ذا رحم محرم من الميت وينظر الميمم الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة ولا يشترى جارية للغسل كما كان يفعل للختان لانه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحياة وله أهلية المالكية فيها وقوله (وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه) يعني اعتبارا بحال الحياة لانه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان في القرب من الامام بعد درجة فكذلك في حال الممات والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ليليني منكم أولو الاحلام والنهى (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) يعني يقدم الرجل الى جانب القبلة لان جهتها أشرف فالرجل للتقريب اليه أولى وقد جاء في الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم أكثرهم

اذا كان مشكلا) لانه دعوى يخالف قضية الدليل (وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله) لانه أعلم بحاله من غيره (وان مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة (وييمم بالصعيد) لتعذر الغسل ولا يحضران كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة) لاحتمال أنه ذكر أو أنثى (وان سجي قبره فهو أحب) لانه ان كان أنثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره (واذا مات نصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتمال أنه رجل (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) لاحتمال أنه امرأة

التكشف ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضا ولكن المراد أن يكون في ازار واحد انتهى وهكذا ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كما نقله صاحب الغاية أقول ليس هذا بتام عندي اذ على تقدير كون نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل على ماهو الاصح من الروايتين كما نص عليه المصنف في كتاب الكراهية يصح الحكم على الخنثى المشكل بعدم جواز أن يتكشف للنساء أيضا بناء على رواية كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه كما ذكرها المصنف في كتاب الكراهية نقلا عن كتاب الخنثى من الاصل اذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلا كما لا يجوز له التكشف للرجال لاحتمال كونه امرأة فلم يكن في هذه المسئلة دلالة على أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لجواز أن يكون مبناها كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كون نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه كما زعموا فتبصر (قوله وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله لانه أعلم بحاله من غيره) قال صاحب الغاية وفي هذا التعليل نظر لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فعند ظهورها يحكم بانه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى أقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فان مراده بقوله وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم أنه مشكل لا علم أنه ليس بمشكل لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم أنه مشكل كما صرح به

(قوله وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله) أي ان لم يظهر تعارض العلامات لان الانسان أمين في حق نفسه والقول قول الامين مالم يعرف خلاف ما قال ألا ترى ان المعتدة اذا قالت انقضت عدتي وأنكر الزوج كان القول قولها مالم يعرف خلاف قولها ومتى عرف كونه مشكلا فقد عرف ما قال وعرف انه مجازف في مقاله لانه لا يعرف نفسه اذا كان مشكلا الا ما نعرفه نحن (قوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء) أي غسل الرجل المرأة وغسل المرأة الرجل غير ثابت وذلك لان النظر الى العورة حرام وبالموت لا تنكشف هذه الحرمة الا ان نظر الجنس الى الجنس أخف فلاجل الضرورة أبيح النظر للجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لا يوجد له جنس اذ لا يعرف جنسه انه من جنس الرجال أو من النساء فيتعذر غسله لانعدام من يغسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل به فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة تموت بين رجال ليس معهم امرأة فانها تيمم بالصعيد ثم ان كان الميمم أجنبيا يممها مع الخرقة وان كان ذا رحم محرم منها يممها بغير الخرقة وكذلك اذا مات الرجل بين نساء ليس معهن رجل فان النساء تيممه بالصعيد من غير خرقة ان كانت الميممة ذات رحم محرم منه وبخرقة ان كانت أجنبية فهذا مثلها ان كان من ييممه من النساء أو الرجال ذا رحم محرم منه ييممه بغير خرقة وان كان أجنبيا عنه ييممه بخرقة ولا باس بان ينظر الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز ان يكون امرأة في هذا أخذ بالاحتياط (قوله

(قال المصنف لم يقبل قوله اذا كان مشكلا الى قوله فان لم يكن مشكلا الخ) أقول يعني ان علم الاشكال أو لم يعلم الاشكال (قال المصنف لانه أعلم بحاله من غيره) أقول قال الاتقاني وفيه نظر لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى وجوابه أن المراد اذا لم يعلم كونه مشكلا كما أشرنا اليه فافهم

أخذا للقرآن جانب القبلة (و يجعل بينهما حاجز من صعيد) ليصير ذلك في حكم قبرين وقوله (وان جعل على السرير نعش المرأة) النعش شبه المحفة مشبك يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة وقد تقدم في كتاب الصلاة وقوله (وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث) فلا بذلك باس لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضائرة كما في حال الحياة فان للرجل أن يلبس حال حياته أزيد على الثلاثة وأما اذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاثة ترك السنة فان السنة في كفنها خمسة أثواب (قال ولو مات أبوه وخلف ابنا) اعلم أن الشيخ أبا الحسن القدوري ذكر قول محمد مع أبي يوسف وكذلك أثبت المصنف في الكتاب وكذا ذكره الشيخ أبو نصر البغدادي وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع أبي حنيفة ولكن أبو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي فمحمد فسره على وجه ولم يأخذ به وأبو يوسف فسره على وجه ولم يأخذ به وهو أن تجعل المسألة على سبعة ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه آخر وهو تفسير محمد بان تجعل على اثني عشر وأخذ به وكان قول أبي يوسف أولا كقول أبي حنيفة ومحمد فنقول على ماذكر في الكتاب اذا مات أبو الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما أثلاثا عند أبي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث الا أن يتبين غير ذلك أي غير كونه أنثى لظهور احدى علامات الذكور بلا معارض فحينئذ يعتبر ذكرا وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والثوري وهو مذهب ابن عباس واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت والبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة أرباع نصيب ابن فيضرب مخرج الربع وهو أربعة في سهم وثلاثة أرباع سهم يحصل سبعة فللخنثى ثلاثة وللابن أربعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين وان كان أنثى أثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث صحيح وأقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة أسهم وفي حال أثلاثا سهمان للخنثى وأربعة للابن فسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزائد وقع

(و يجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى) لاحتمال أنه رجل (وان جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب الي) لاحتمال أنه عورة (و يكفن كما تكفن الجارية وهو أحب الي) يعني يكفن في خمسة أثواب لانه اذا كان أنثى فقد أقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا باس بذلك (ولو مات أبوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند أبي حنيفة أثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث الا أن

الشارح المذكور نقلا عن الحاكم الشهيد ويدل عليه أيضا قول المصنف في تعليل ذلك لانه دعوى تخالف قضية الدليل فان مخالفة دعواه قضية الدليل انما يتصور فيما اذا كان قد علم انه مشكل فاذا كان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل يكون معنى قوله هنا وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم انه مشكل لانه هو المقابل لما قبله فيسقط النظر قطعا اذ لا يلزم من أن لا يعلم انه مشكل أن يعلم انه ليس بمشكل حتى يحكم بانه ذكر أو أنثى بلا حاجة الى قول نفسه بل يجوز أن لا يعلم أنه مشكل أم لا بان لا يعلم ظهور احدى

وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا باس بذلك) لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة على الثلاث في الكفن للرجل لا يضره كما في حال الحياة فان للرجل ان يلبس حال حياته الزيادة على الثلاث وأما اذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاث ترك السنة فان السنة في كفن المرأة أن يكون خمسة أثواب فكان أحوط الوجهين ماذكرنا (قوله وهو أنثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك) أي غير كونه أنثى وهو كونه ابنا والحكم في توريث الخنثى المشكل ان يعطى له ميراث النساء الا أن يكون أسوأ حاله أن يكون ذكرا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى وعن الشعبي وهو قول ابن عباس رضي الله عنه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخرا (قوله وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى) هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب لان محمدا مع أبي حنيفة رحمه الله في عامة الروايات و يحتمل أن يراد انهما قالا على قياس قول الشعبي للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وتكلموا فيما اذا كان الخنثى صبيا يتوهم ان يستبين أمره في الثاني انه كيف يقسم المال بينهما فمنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن و يوقف السدس الى أن يتبين أمره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيتوقف الى أن يستبين كما في الحمل والمفقود فانه يوقف نصيبهما الى أن يتبين حالهما وأكثرهم على انه يدفع ذلك الى الابن لان سبب استحقاقه لجميع المال وهو البنوة معلوم فانما ينتقص حقه لمزاحمة حق الغير والخنثى ما زاحمه الا في الثلث فما وراء ذلك يبقى مستحقا له توضيحه انما حكمنا بكون الخنثى أنثى حيث أعطيناه الثلث مع الابن و بعد ما حكمنا بالانوثة في حقه يعطى الذكر ضعف ما يعطى الانثى و به فارق الحمل والمفقود فانا لم نحكم فيهما بشئ من موت أو حياة فلهذا يوقف نصيبهما واذا دفع الثلثان الى الابن هل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف في الدعوى ان القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلا في قول أبي حنيفة وعندهما يحتاط في أخذ الكفيل وقال بعضهم يؤخذ منه الكفيل عندهم جميعا وانما لم يجوز أبو حنيفة رحمه الله أخذ الكفيل هناك للمجهول وهنا انما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضي قضاءه و ينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين ان الخنثى ذكر استرد ذلك من أخيه وان تبين أنه أنثى فالمقبوض سالم للابن (قوله

فيه الشك فيتنصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر النصفي فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة وفي تاخير قول محمد اشارة من المصنف الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقليل نصيبه وماذهب اليه محمد أقل مما ذهب اليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهما وطريق معرفته أن تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموع أربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شئ من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثى منه ثلاثة فاضربه في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين واضرب حصة من كان له شئ من اثني عشر في السبعة والخنثى منه خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلاثين فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين كذا أفاده الامام حميد الدين (ولابي حنيفة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء) لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الانوثة ولا شئ منهما بمعلوم واثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلابد من البناء على المتيقن (والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به) فاوجبناه كما اذا كان اثباته بطريق آخر فانه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك الى أن يقوم الدليل على الزائد فان من قال لفلان على دراهم يحكم له بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد لكون الاول متيقنا به دون الزيادة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهالة وقعت في القسمة بقاء فلا يمتنع الوجوب لانا نقول ليس الكلام في استحقاق أصل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه الذكورة أو الانوثة ولا شئ منهما بمتيقن به فيما نحن فيه وقوله (الا أن يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا)

يتبين غير ذلك) وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثا احتجنا الى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة وفي حال يكون أثلاثا للخنثى سهمان وللابن أربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين و وقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاثبتنا المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا أن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن تكون الورثة زوجا وأما وأختا لاب وأم هي خنثى أو امرأة وأخوين لام وأختا لاب وأم هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللام

العلامات ولا عدم ظهورها فحينئذ تحقق الحاجة الى قول نفسه وهو مسئلة الكتاب هنا ومحل التعليل بقوله لانه أعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه والعجب منه أنه بعد أن حسب معنى المقام ما يبتني عليه نظره كيف أورد النظر على التعليل دون نفس المسئلة وهي أحق بوروده عليها على مدار فهمه معنى المقام بان يقال لا معنى لهذه المسئلة لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك فما معنى قول المصنف وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله (قوله الا أن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا) قال في العناية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب بالشك الا أن نصيب الخنثى أقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى أقول فيه نوع اختلال لان تفسيره مراد المصنف بقوله يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن الخ يقتضي أن يكون قول المصنف الا أن يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله فاوجبنا المتيقن به قصرا عليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان فيخالف هذا قوله في أول كلامه وهذا الاستثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به

واختلفوا في قياس قوله قال محمد رحمه الله المال بينهما من اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف رحمه الله المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة) ثم التفاوت بين تخريجهما ان على تخريج قول أبي يوسف رحمه الله ما كان يصيب الخنثى أكثر مما يصيبه على قول محمد رحمه الله فان ثلاثة من سبعة أكثر من خمسة من اثني عشر لانا لو زدنا نصف سبع على ثلاثة أسباع يصير نصف المال والخمسة لا تصير نصف المال الا بزيادة سهم من اثني عشر وهو نصف السدس ونصف السدس أكثر من نصف السبع فثبت ان ما قال أبو يوسف رحمه الله أنفع للخنثى والطريق الواضح فيه ان يضرب السبعة في الاثني عشر حيث لا موافقة بينهما فيصير المجموع أربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شئ من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثى ثلاثة من سبعة فاضرب به في اثني عشر فيكون ستة وثلاثين ثم اضرب حصة من كان له شئ من الاثني عشر في سبعة وللخنثى خمسة من اثني عشر فاضرب به في السبعة فيكون خمسة وثلاثين فظهر ان التفاوت بسهم من أربعة وثمانين سهما (قوله الا أن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان تكون الورثة زوجا وأما وأختا لاب وأم هي خنثى أو امرأة وأخوين لام

استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني أو جبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن وماتجاوز ناعنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لايجب بالشك الاأن يصيب الخنثى أقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن يكون زوجا وأما وأختا لاب وأم هي خنثى فان قدرنا الخنثى أنثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرا كان له الباقي بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السدس وهو أقل فقدرناه ذكرا واذا تركت امرأة وأخوين لام وأختا لاب وأم هي خنثى للمرأة الربع ولبني الاخياف الثلث فان قدرنا الخنثى أنثى ترث النصف تكون المسئلة من اثني عشر وتعول الى ثلاثة عشر لها ستة من ثلاثة عشر وان قدرناه ذكرا كان له خمسة من اثني عشر وهو أقل فقدرناه ذكرا ولو ماتت وتركت زوجا وأختا لاب وام وخنثى لاب

الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه أقل النصيبين فيهما

(مسائل شتى)

قال (واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز

(مسائل شتى)

قد كانت عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ماشذ ذكره في الابواب السالفة من المسائل استدراكا للفائت ويترجمون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل منثورة فعمل المصنف هنا أيضا كذلك جريا على عادتهم (قوله واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له نشهد عليك بما في الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز) قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء عن ذلك ما يعرف أنه اقرار لان ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولا اذا كان ذلك معهودا منه في نعم انتهى أقول فيه نظر لانه لما فسر الايماء برأسه في تقرير المسئلة بقوله أي نعم تعين أن وضعها فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم يبق حاجة في تقرير جوابها الى قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار بل كان يكفي

تدبر وأختا لاب وأم هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه أقل النصيبين فيهما فجعل ذكرا فيهما لانه لو كان أنثى في المسئلة الاولى يعول الحساب الى ثمانية لانه يكون صاحب فريضة وفرضه ثلاثة من ستة وللزوج ثلاثة وللام سهمان ولو كان ذكرا يكون له الباقي سهم وسهم من ستة أقل من ثلاثة من ثمانية ولو كان أنثى في المسئلة الثانية لكان له نصف المال ستة من اثني عشر فيعول الى ثلاثة عشر ولو كان ذكرا لكان للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث من اثني عشر سهما وللخنثى خمسة وخمسة من اثني عشر أقل من ستة من ثلاثة عشر لانه يصير نصف المال بنصف سهم وذا بسهم ولو ماتت امرأة وتركت زوجا وأختا لاب وأم وخنثى لاب فللزوج النصف وللاخت لاب وأم النصف ولا شئ للخنثى لان اسوأ حاله أن يكون ذكرا لانه لو جعل ذكرا لا يصيبه شئ ولو جعل أنثى لكان له سدس وتعود المسئلة فجعل ذكرا والله أعلم بالصواب *(مسائل شتى)*
(قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز) أي اذا جاء من الايماء والكتابة ما يعرف أنه اقرار فهو يكون وصية وانما قيد بقوله ما يعرف انه اقرار لان ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار كما اذا حرك رأسه عرضا مثلا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار كما اذا حرك رأسه طولا اذا كان ذلك معهودا منه في نعم ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه بضم الياء وفتح القاف على البناء للمفعول وفي المغرب واعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه (قوله

كان للزوج النصف وللاخت لاب وأم النصف ولا شئ للخنثى وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله أقل النصيبين أسوأ الحالين وهو مذهب عامة الصحابة فان قيل اذا كان الخنثى ممن يتوهم انه أمره في المآل كيف يكون حاله في الميراث ماذكره المصنف في الكتاب قلت كأنه أشار الى ذلك في أول البحث بقوله وهو أنثى عند في الميراث الا أن يتبين غير ذلك يشير الى أن الثلثين في تلك المسئلة تدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك أكثرهم لان سبب استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقص من ذلك لمزاحمة حق الغير وحيث جعلنا الخنثى أنثى ما زاحمه الا في الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحقا له وهل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف أن القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلا في قول أبي حنيفة وعندهما يحتاط في أخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في أخذ الكفيل ولا منه ههنا عندهم جميعا وانما لم يجوز أبو حنيفة هناك للمجهول وهنا انما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضي قضاءه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين أن الخنثى ذكرا استرد ذلك ممن أخيه وان تبين أنه أنثى فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس الى أن يتبين أمره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف الى أن يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود والله أعلم *(مسائل شتى)* قد ذكرنا قبل هذا أن ذكر مسائل شتى أو مسائل منثورة أو مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك مالم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه قوله (فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار) يشير الى أن

(قوله استثناء من قوله وهو ميراث الانثى) أقول ينبغي أن يكون استثناء من قوله فأو جبنا المتيقن لان المراد المتيقن المعهود وهو ميراث الانثى

ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) وقال الشافعي يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لاصحابنا رحمهم الله أن الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي فلا ينقاسان وفي الآبدة عرفناه بالنص قال (واذا كان الاخرس يكتب كتابا أو يومئ ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه و بيعه وشراؤه ويقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له) أما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا ألا ترى أن النبي عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الاخرس أظهر وألزم ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الاشجار وينوي فيه لانه بمنزلة صريح الكناية فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع

قوله فهو جائز كما لا يخفى (قوله ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الاخرس فلا تفريط منه) أقول لا يذهب عليك أن هذا التعليل يقتضي أن لا يجوز اشارة المعتقل لسانه ولو امتد اعتقاله لان تأخير الوصية قد جاء من قبله هنالك أيضا مع أنهم قالوا هذا بمنزلة الاخرس في الحكم كما صرح به المصنف فيما قبل آنفا ولعل صاحب الكافي تفطن له حيث طرح هذا التعليل من البين (قوله أما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الخ) أقول فيه شئ وهو أن هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعضه الآخر بل يدل على خلافه فان المدعى أن كتابة الاخرس حجة فيما سوى الحدود وليست بحجة في الحدود وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود اذ لا فارق فيه بين الحدود وما سواها بل يدل على كونها حجة في الحدود أيضا اذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضا لم يكن حجة ضرورية فينبغي أن يكون حجة في الحدود أيضا كما كان النطق حجة فيها أيضا فليتأمل في المخلص (قوله وأما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام

كالوحش والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة) أي ما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح كالوحشي الاصلي ولم يفصل بين الاصلي والعارضي فكذا هذا (قوله حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة) وحد الامتداد سنة كما ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله وذكر الحاكم أبو محمد رحمه الله رواية عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله (قوله وفي الآبدة عرفناه بالنص) جواب عن قول الشافعي رحمه الله كالوحشي والمتوحش الاهلي وهو ما روى عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل الصدقات ندفرماه رجل بسهم وسمى فقتله فقال عليه الصلاة والسلام ان لها أوابد كأوابد الوحش فاذا فعلت شيأ من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه كذا ذكره في صيد المبسوط (قوله ولا يحد) أي حدا كان فيتناول جميع الانواع أي لا يحد الاخرس اذا كان قاذفا بالاشارة أو الكتابة وكذا اذا أقر بالزنا أو السرقة أو الشرب لان المقر على نفسه ببعض الاسباب الموجبة للعقوبة مالم يذكر اللفظ الصريح لا يستوجب العقوبة (قوله ولا يحد له) أي حد القذف خاصة اذا كان مقذوفا (قوله وهو) أي العجز في حق الاخرس أظهر والزم من العجز في حق الغائب وذلك لان الظاهر من حال الغائب انه يحضر وأما الاخرس فالظاهر من حاله أنه لا يزول خرسه فلما قبل الكتابة من الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء النطق بالحضور فلان تقبل في حق الاخرس مع اليأس عن زوال الخرس أولى (قوله ثم الكتابة على ثلاث مراتب مستبين) احتراز عن غير المستبين وهو الكتابة على الهواء والماء مرسوم) أي معنون أي مصدر بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان الى فلان وينوي فيه أي يطلب منه النية (قوله لانه بمنزلة صريح الكناية أي بمنزلة كناية قولية أما الكتابة فهو ليست بصريح الكناية لانها فعل والكناية في الحقيقة انما تكون

ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولا اذا كان منه معهودا في نعم وقوله (ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه وقوله (حتى لو امتد) أراد به سنة كذا ذكره التمرتاشي وروى عن أبي حنيفة أنه قال ان دامت العلة الى وقت موته يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه بانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى وقوله (في الآبدة عرفناه بالنص) وهو ما روى عن رافع بن خديج أن بعيرا من ابل الصدقات ندفرماه رجل وسمى فقتله فقال عليه السلام ان لها أوابد كأوابد الوحش فاذا فعلت شيأ من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه وقوله (ولا يحد) أي الاخرس (اذا قذف بالاشارة أو الكتابة ولا يحد له) اذا كان مقذوفا وقوله (وهو) أي العجز (في حق الاخرس أظهر منه في حق الغائب) لان الظاهر من

وانما قلنا ينبغي أن يكون الخ لانه أقرب وأبعد عن التكلف فتأمل (قوله بان يحرك رأسه طولا) أقول من فوق الى تحت وأما عكسه فدلالة الانكار

فلا يثبت به الحكم وأما الاشارة فجعلت حجة فى حق الاخرس فى حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد أيضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد أيضا بالاشارة فى القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر فى كتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة فى قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان

للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد) أقول لقائل أن يقول من هذه الاحكام الطلاق على ما صرح به فى وضع المسئلة وهو من حقوق الله تعالى لان فيه تحريم الفرج وهو حق الله تعالى ولهذا لم تشترط الدعوى فى الشهادة عليه بالاتفاق كما لم تشترط فى الشهادة على عتق الامة أيضا بالاتفاق بناء على ذلك كما صرحوا به قاطبة ومر فى الكتاب أيضا فى باب عتق أحد العبدين من كتاب العتاق فان قلت ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة بل فيه حق العبد أيضا لتعلق حق الزوجين به فجاز أن يكون مدار قول المصنف لانها من حقوق العباد على ذلك قلت مجرد تحقق حق العبد فى شئ لا يكفى فى كون اشارة الاخرس حجة فيه ألا يرى أن اشارته لا تكون حجة فى حق حد القذف مع أن فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقذوف كما أن فيه حق الله تعالى بل لابد فى كون اشارته حجة من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالقصاص لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا على ما عرف فى موضعه وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى فان الدعوى شرط فى قبول الشهادة فى حقوق العباد حتى ان مطالبة المقذوف شرط فى ثبوت حد القذف وان كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عفو المقذوف ولا يجوز الاعتياض عنه ولا يجرى الارث فيه عندنا كما مر فى الحدود فما ظنك بعدم اشتراط الدعوى فى ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالبا على حق الله تعالى تفكر (قوله وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة) أقول فيه بحث أما أولا فلان ما ذكره هنا من جواز

فى القول وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله واذا كتب مستبينا لكن غير مرسوم كالكتابة على الجدار أو على التراب أو على الكاغد لا على وجه الرسم كان لغوا لانه لا عرف فى اظهار الامر بهذا فلا يكون حجة الا بالبينة والبيان وفى الشافى وكذا الصحيح لو كتب الطلاق أو غيره أو ذكر الحق على نفسه فهو على تلك الوجوه ان كان مستبينا مرسوما يثبت ذلك باقراره أو ببينة فهو كالخطاب حتى لو جحد يسع لمن شهد كتابته ان يشهد اذا عرف ما فى الكتاب وان كتب غير مستبين لم يكن اقرارا وان أشهد وقال كتبت كذا فاشهدوا انى كتبت ذلك وان كان مستبينا غير مرسوم ان أشهد عليه كان اقرارا لان الكتابة قد تكون للتجربة وقد تكون للتحقيق وبالاشهاد يقع البيان ولو كتب ذكر حق بين يدى قوم وهم يعرفون ما يكتب ثم قال لهم اشهدوا على ما فيه يصح الاشهاد وكذا الاملاء على غيره حتى كتب وهم يعلمون ماذا على ثم أشهدهم وفى باب ما يكون اقرارا لو كتب على نفسه صكا بالف لفلان والقوم ينظرون اليه ويعرفون ما يكتب وقال لهم اشهدوا على بما فيه كان اقرارا وان لم يقل لهم اشهدوا هل يكون ذلك اقرارا ذكر أبو اليسر رحمه الله قيل لا يكون اقرارا وقيل يكون لان الظاهر يدل على ان المال عليه والاحكام انما تبتنى على ما عليه الظاهر (قوله وقد يثبت بدون اللفظ) كما فى بيع التعاطى ونكاح الفضولى مع القدرة على التكلم فلان يثبت هنا والعجز متحقق أولى (قوله لو شهدوا بالوطء الحرام) أى مع ان الوطء الحرام مطلقا انما هو الزنا لاحتمال ان يكون حراما مقيدا

ولا

حال الغائب الحضور والظاهر من حال الاخرس عدم زوال خرسه فلما قبل الكتاب فى حق الغائب فى ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلان يقبل فى حق الاخرس مع اليأس من زوال الخرس أولى وقوله (ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين) احترازعن غير المستبين وهو الكتاب على الهواء والماء مرسوم أى معنون أى مصدر بالعنوان وهو أن يكتب فى صدره من فلان الى فلان وبما ذكرنا علم الاقسام الثلاثة والحكم فى كل منها ماذكر وقوله (وينوى فيه) أى يطلب منه النية فيه وقوله (لانه بمنزلة صريح الكناية) أى الكناية القولية كقوله أنت بائن وأمثاله وقوله (ولا تختص بلفظ دون لفظ) فانه كما يثبت بالعربى يثبت بغيره (وقد تثبت بغير لفظ) أى بفعل يدل على القول

(قال المصنف ثم الفرق بين الحدود والقصاص الى قوله لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات) أقول وقد صرح فى أوائل الجنايات أن الشبهة تؤثر فى سقوط القصاص

تم

ويحتمل أن يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب فى الجملة لقيام أهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله أنه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية

ثبوت القصاص مع الشبهة مخالف لما صرح به فيما مر فى عدة مواقع منها كتاب الكفالة فانه قال فيه فلا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند أبى حنيفة لان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق ومنها كتاب الشهادات فانه قال فيه ولا تقبل فى الحدود والقصاص شهادة النساء لان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ثم قال فيه فى باب الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة جائزة عندنا فى كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فانه قال فيه وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق وكذا بايفائها واستيفائها الا فى الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته ومنها كتاب الدعوى فانه قال فيه فى باب اليمين ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل فى النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال ومنها كتاب الجنايات فانه صرح فيه فى مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلا مؤثرا فى سقوط القصاص وفرع عليه كثيرا من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة فى كل واحدة منها كما لا يخفى على الناظر فى تمام ذلك الكتاب وأما ثانيا فلان قيد الخالصة فى قوله أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر مستدرك بل مخل هنا فان حد القذف غير خالص لله تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع أنه أيضا زاجر لا يثبت بالشبهة ولا تكون اشارة الاخرس حجة فيه أيضا كما صرح به فيما مر آنفا فلا يتم التقريب بالنظر اليه على التقييد المزبور (قوله ودلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة الى قوله لانه جمع هنا بينهما فقال أشار أو كتب) قال صاحب الغاية قولنا فى دعوى الجمع بينهما نظر لانه قال فى الجامع الصغير واذا كان الاخرس يكتب أو يومئ وكلمة أو لاحد الشيئين لا للجمع على أنا نقول قال فى الاصل وان كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف فى نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز فيعلم من اشارة رواية الاصل أن الاشارة من الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لانه بين حكم اشارة الاخرس بشرط أن يكتب فافهم الى هنا لفظه أقول نظره ساقط جدا اذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهما الجمع بينهما فى كل مادة من مواد أعلام الاخرس بل مراده الجمع بينهما فى جواز أعلام الاخرس مراده باى واحد منهما ولا شك فى دلالة كلمة أو على هذا المعنى لانها لاحد الامرين بلا تعيين فاذا أتى الاخرس باى واحد منهما على انفراده يتحقق الاتيان باحد الامرين ويجوز ذلك بحسب الشرع أى يقبل ويعمل به بموجب قول محمد فى جواب هذه المسئلة فهو جائز وأما علاوته التى ذكرها بقوله على أنا نقول الخ فليست بشئ أيضا لان مراد المصنف دلالة مسئلة الجامع الصغير على استواء الاشارة والكتابة من الاخرس ومعنى قوله لانه جمع ههنا بينهما أنه جمع فى الجامع الصغير بينهما كما صرح به الشارح المذكور حيث قال فى شرح قوله لانه جمع هنا بينهما أى جمع فى الجامع الصغير بين الاشارة والكتابة ولا ريب أن هذا لا ينافى اشارة مسئلة الاصل الى أن اشارة الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الامر أن يكون فى المسئلة روايتان ومثل ذلك كثير فان قلت فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة فان ما ذهب اليه ذلك البعض من أصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الاصل فما معنى نسبة التوهم اليهم قلت مراد المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة أصلا أى فى رواية ما ولك أن تقول يجوز أن يكون

(قوله وان لم يوجد التعمد) أى لفظ التعمد فى الشهادة والاقرار (قوله ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك) أى لا تكون الكتابة حجة فى حق الاخرس فيكون فيهما روايتان أى فى الاخرس والغائب غير الاخرس

كالتعاطى وقوله (ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك) أى لا يكون حجة (فيكون فيهما) أى فى الاخرس والغائب الغير الاخرس روايتان وقوله (لانه) أى الاشارة على تاويل المذكور

ولاضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال أشار أو كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتابة لما انه أقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا (وكذلك الذي صمت يوما أو يومين لعارض) لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال (واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتي تحتمل أن تكون ذكية أولى غير أنه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة أكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان

نسبة التوهم اليهم بالنظر الى الدراية دون الرواية تأمل (قوله واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) قال في العناية أخذا من النهاية طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر فقد جوز التحري هنالك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز وأجيب بان وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهر يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلان تجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا الشبهة شئ ولا الجواب عندي أما الاول فلان تجويز التحري فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار بان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به وعدم تجويزه فيما اذا كانت الميتة والذكية نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك فلا تتوجه المطالبة بالفرق بين المسئلتين رأسا لظهور اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعا وأما الثاني فلان ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها لان جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم اعادة الصلاة اذ ذاك انما هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب

(قوله لانه جمع هنا بينهما) يتعلق بقوله بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا فكون دليل كونه مخالفا لما توهمه البعض (قوله في الكتابة زيادة بيان) لانه يفهم المقصود منها بلا شبهة (قوله لما أنه أقرب الى النطق) أي الاشارة أقرب الى الكلام من الكتابة لان العلم بالكتابة انما يحصل بآثار الاقلام وهي منفصلة عن المتكلم وأما العلم الحاصل بالاشارة حاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارة بيده أو برأسه فكان المتصل بالمتكلم أقرب اليه من المنفصل منه فكان الاعتبار لما هو أقرب الى الموضوع للبيان أولى وقيل الاشارة أقرب الى النطق لما أن النطق لا يبقى أثره وكما وجد يتلاشى ويضمحل فكذا الاشارة بخلاف الكتابة (قوله وكذلك الذي صمت يوما أو يومين بعارض) أي لا يجوز اقراره بان أومى برأسه أي نعم أو كتب وهو معطوف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه (قوله فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل) هذا بخلاف الثياب فانه يتحرى فيها بكل حال سواء كانت الغلبة للطاهر أو للنجس أو استويا وهذا لان حكم الثياب أخف ولهذا لو لم يكن معه الا ثوب واحد وربعه طاهر يصلي فيه بالاجماع وان كان ثلاثة أرباعه نجسا وأما اذا كان الطاهر أقل من الربع فكذلك عند محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يتخير بين ان يصلي فيه وبين ان يصلي عريانا قاعدا بالايماء فلما جازت الصلاة في ثوب نجس حالة الضرورة فلان تجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى (قوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار) أي بان يجد ذكية بيقين

وقوله (لانه) أي محمدا (جمع هنا) أي في الكتاب (بينهما) بقوله يكتب كتابا أو يومئ ايماء وقوله (وفي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة) لان فضل البيان في الكتابة معلوم حساوعيانا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ابهام (وفي الاشارة زيادة أثر لم توجد في الكتابة لانه) أي الاشارة (أقرب الى النطق من آثار الاقلام) لان العلم بالكتابة انما يحصل بآثار الاقلام وهي منفصلة عن آثار المتكلم وأما العلم الحاصل بالاشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده أو رأسه والمتصل بالمتكلم أقرب اليه من المنفصل عنه فكان أولى بالاعتبار وقوله (وكذا الذي صمت يوما أو يومين) عطف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه أي لا يجوز اقراره بان أومأ برأسه أي نعم أو كتب وقوله (واذا كانت الغنم مذبوحة الخ) ظاهر وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه

لان

القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين أو كانت الميتة أغلب لانه لا ضرورة فيه والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

بقوله لانه مضطر الى الصلاة فيها وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققته فمن أين يثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلتين (قال مؤلف الكتاب رحمه الله) هذا آخر ما تيسر لنا من شرح الهدايه بتوفيق من الله وهدايه مع توزع الخاطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار لاشتماله على ثلاثة آلاف من التصرفات التي لم يسبقني اليها أحد من الثقات ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء فله الحمد والمنة وله الكبرياء ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ربنا فاغفر لنا ذنوبنا وكفر عنا سيآتنا وتوفنا مع الابرار وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والانصار

(قوله بخلاف ما اذا كانا نصفين أو كانت الميتة أغلب لانه لا ضرورة) لان الحالة حالة الاختيار ويوجد ذكية بيقين والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

* (يقول راجي غفران المساوي مصححه محمد الزهري الغمراوي) *

ان من آكد الواجبات حمد مبدع الكائنات وأصدق لهجة فاه بها اللسان شكر مفيض الاحسان فسبحانه من اله أنطق الموجودات بكفاية قيوميته وأودع ذرات المصنوعات لوائح عنايته فاعترفت بوجوب وحدانيته فنضرع اليك اللهم ان تمنحنا هداية لسبيلك ووقاية من الانحراف عن اتباع قيلك ونسألك ان تديم الصلاة والتسليم على سيدنا محمد المبعوث بشرعك القويم وعلى آله الممنوحين فتح البصيرة وأصحابه المخصوصين بالنفوس المستنيرة (أما بعد) فقد تم بحمده تعالى طبع شرح فتح القدير للامام العلامة الشهير الشيخ الكمال بن الهمام لا زالت تمطر جدثه سحائب رحمة الله الملك العلام مع شرح الكفاية لمولانا مالك أزمة التحقيق ورئيس ذوي التدقيق العلامة جلال الدين الخوارزمي الكرلاني رحمه الله ومنحه من فضله فوق متمناه فقد فتح هذان الشرحان صدف الهداية شرح البداية وأخرجا منه لآلئ متناسقه ونظما عقدا كل منهما بذل غاية توسعه في ترصيعه بجواهر متلاصقه ولكن لما حالت يد المنون صاحب الفتح عن اكمال شرحه الزاهر تلاه العلامة شمس الدين أحمد بن قودر في تتميم روضه العاطر فطبعت هذه التكملة تالية لفتح القدير فجاءت لآلئ على اكسير وشهرة الهداية تغني عن الاطراء بشأنها فهما خطه البنان لا يفي ببعض قدرها فضلا عن شروحها وقد تحلت طرر هذين الشرحين مع الهداية بشرح العلامة أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المسمى بالعناية مع حاشيته للعلامة سعدي جلبي البالغة من الحسن الغاية فجاء كتابا لم يسبق لوضعه مثيل وحوى من الاسفار خمسة كل منهم في بابه جليل وكيف لا وهم لاجلاء شاركوا السماء رفعة والشمس نورا وحووا من المكانة في الدين أصلا وفرعا ينابيع بل بحورا فلا غرو ان كانت كتبهم هذه مرجع كل فقيه في مذهب الامام الاعظم ومحط رحال من أراد الوقوف على استدلال الائمة وكيف الاخذ بالدليل الاسلم وروض علم ثماره نتيجة أفكار المجتهدين وبحر هداية درره مسائل الفتوى للمحصلين ولا بدع ان كان طبعها مجموعة من حسنات هذه الايام

ومن أكبر الدلائل على ما ملتزميها من محبة النفع العام وذلك بالمطبعة الميمنية

بمصر المحروسة المحمية بجوار سيدي أحمد الدردير قريبا من

الجامع الازهر المنير وذلك في شهر رجب الفرد

سنة ١٣١٩ هجريه على صاحبها

أفضل صلاة وأتم

تحية آمين

المطبعة الميمنية بمصر ١٣٠٦

أنه طاهر فقد جوز التحري هنالك فيما اذا كان الثوب النجس والثوب الطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز وأجيب بان وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهر يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلان تجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى والله سبحانه وتعالى أعلم



(فهرست الجزء التاسع من تكملة فتح القدير لمولانا شمس الدين المعروف بقاضي زاده أفندي)

(تمت)